



UNIVERSITA' DI PISA
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

Tesi di Laurea

**IL CONTROLLO GIUDIZIALE SULLE RAGIONI
ECONOMICHE DI LICENZIAMENTO**

Il Relatore
Chiar.mo Prof. Oronzo Mazzotta

Il Correlatore
Chiar.mo Prof. Michele Mariani

Il Candidato
Marina Barone

Anno Accademico 2012/2013

A Marta

*per avermi insegnato che
“La forza si trova, volendolo insieme si può”*

Indice

INTRODUZIONE	7
CAPITOLO 1: I PRINCIPI COSTITUZIONALI IN TEMA DI LICENZIAMENTO	13
1. Qualificazione ed efficacia delle norme costituzionali: evoluzione	13
2. I principi costituzionali in tema di licenziamento e il loro bilanciamento	16
CAPITOLO 2: DISCIPLINA DEL LICENZIAMENTO PER MOTIVI ECONOMICI	23
1. Dal principio di libera recedibilità alla legge n. 604/1966	23
2. Il licenziamento individuale nella legge n. 604 del 1966	26
3. Il licenziamento individuale dopo la Riforma n. 92/2012	28
<i>3.1 Finalità</i>	<i>29</i>
<i>3.2 Profili formali e procedurali</i>	<i>29</i>
<i>3.3 Frammentazione della tutele</i>	<i>30</i>
CAPITOLO 3: ANALISI RAGIONATA DEL NUOVO ART. 18, C. 7 DELLO STATUTO DEI LAVORATORI	33
1. Il controllo giudiziario sui motivi economici di licenziamento	33
2. Il giustificato motivo oggettivo: clausola generale o norma generale	34
3. Il dibattito dottrinale sul gmo agli esordi della disciplina limitativa del licenziamento	41
<i>3.1. La teoria dell'utilità sociale</i>	<i>41</i>
<i>3.2. L'iniziativa economica privata e l'insindacabilità dei motivi di licenziamento</i>	<i>48</i>
4. I successivi sviluppi dottrinali sulle ragioni economiche di licenziamento	50

4.1 Critica dogmatica	51
4.2 Configurazione del controllo giudiziario secondo la critica pragmatica	53
4.3 La giustificazione del controllo del giudice: la critica metodologica.....	58
5. Il licenziamento per motivi economici nella giurisprudenza della Corte di Cassazione.....	65
5.1 Effettività delle ragioni organizzative: la sistematizzazione giurisprudenziale delle fattispecie giustificative del licenziamento	68
a) La ricerca di un profitto	68
b) La redistribuzione delle mansioni	72
5.2 L'effettività del nesso causale tra ragione economica e licenziamento nell'elaborazione giurisprudenziale.....	76
a) L'obbligo di repêchage.....	76
b) I criteri di scelta del lavoratore da licenziare	81
6. Il controllo giudiziario alla luce della riforma Fornero: tra incertezze applicative e sospetti di incostituzionalità	85
6.1 La “manifesta insussistenza del fatto”: come si scompone e si ricompone?	85
6.2 “Manifesta insussistenza del fatto” ed “altre ipotesi”: primi tentativi dottrinali di inquadramento.....	86
6.2.1 Interpretazioni razionalizzanti dell'art. 18, c. 7 St. lav.....	87
a) Evidente insussistenza del motivo economico- organizzativo.....	87
b) Manifesta insussistenza del fatto materiale	90
c) Il fatto organizzativo-produttivo posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo	94
d) Non veridicità dei fatti adottati a fondamento del licenziamento.....	98

6.2.2 Interpretazioni costituzionalmente orientate dell'art. 18, c. 7 St. lav.....	101
a) Fatto come ragione economica ed organizzativa.....	101
b) Fatto come causa effettiva di licenziamento.....	105
c) Fatto in senso giuridico	109
d) Manifesta insussistenza e “torto marcio” del datore di lavoro	113
e) L'inestricabile simbiosi tra circostanze materiali e “ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa	114
f) Unitarietà del fatto giuridico.....	117
6.3 Il significato dell'aggettiva “manifesta”	123
6.4 L'obbligo di repêchage	124
6.5 Obbligatorietà o facoltatività della tutela reintegratoria.....	133
6.6 Prime applicazioni giurisprudenziali.....	139
6.6.1 La natura materiale o giuridica del fatto.....	140
6.6.2 L'obbligo di repêchage e i criteri di scelta dei lavoratori.....	155
6.6.3 Potere o facoltà di applicare la sanzione reintegratoria.....	161
Conclusioni e una proposta de iure condendo.....	163
Bibliografia	171

INTRODUZIONE

Il tema del controllo del giudice sui motivi economici di licenziamento, rappresenta un punto di osservazione privilegiato nell'ambito della più ampia compagine relativa all'individuazione degli strumenti interpretativi e dei limiti propri del sindacato giudiziale. Infatti, l'inevitabile tensione tra l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro e quello del datore di lavoro ad una gestione aziendale economicamente efficiente, rende particolarmente complessa l'individuazione, in sede applicativa, delle ragioni economiche in concreto idonee a fondare un atto di recesso.

La rilevanza della questione emerge laddove solo si consideri il risalente dibattito dottrinale relativo al rapporto tra legge e ruolo del giudice, del quale si cercherà di tratteggiare un rapido quadro d'insieme. Il passaggio dalla concezione giusnaturalistica a quella positivista, verificatosi in concomitanza con la disgregazione della società medievale e la nascita dello Stato moderno, si tradusse, sul piano giudiziario, in un radicale ripensamento della posizione rivestita dal giudice all'interno dell'ordinamento e della funzione sociale da questi esplicata. La società medievale si presentava come pluralistica, vale a dire costituita da diversi raggruppamenti sociali, ognuno dei quali aventi un proprio ordinamento giuridico¹. Di conseguenza il diritto veniva concepito come un fenomeno sociale, la cui produzione veniva demandata in larga misura alla società, attraverso la creazione di norme consuetudinarie. Prima della nascita dello Stato moderno il giudice, nel risolvere le controversie a lui sottoposte, non era tenuto ad applicare esclusivamente le norme prodotte dall'organo legislativo statale, potendo prendere liberamente in considerazione anche altre fonti del diritto quale le regole di costume, i precetti elaborati dai giuristi, i principi di diritto naturale². Con il passaggio allo Stato moderno, si verificarono rilevanti cambiamenti sia nella concezione della società, che assunse una struttura monistica, sia nel ruolo assunto dallo Stato nel processo di creazione normativa, mediante un "processo di monopolizzazione della produzione giuridica da parte dello Stato"³. Lo Stato, nell'accentrare su di sé tutti i poteri, si pose come unico creatore del diritto, sia in modo diretto mediante la legge, sia in modo

¹ N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, 1996, p.15.

² *Ivi*, p. 17.

³ *Ivi*, p. 15.

indiretto mediante il riconoscimento ed il controllo della norme consuetudinarie. La posizione rivestita dal giudice nell'ordinamento giuridico ne uscì fortemente modificata: da "libero organo della società"⁴ divenne un organo dello Stato, tenuto a risolvere le controversie esclusivamente sulla base del diritto positivo prodotto dal potere legislativo, potendo trovare applicazione il diritto naturale e quello consuetudinario soltanto ove riconosciuto dallo Stato e, in questo senso, "positivizzato". La piena fiducia riposta nella capacità del sistema di diritto positivo di autointegrarsi, attraverso operazioni logiche interne, determinò una riduzione del ruolo del giudice a "bouche qui prononce les paroles de la loi"⁵. In particolare, l'applicazione della norma al caso concreto si realizzava mediante deduzioni logico-dogmatiche che, a partire da un sistema di concetti definiti dal diritto positivo, assicurava la scientificità dell'applicazione del diritto. Il fondamento del monopolio legislativo nella formazione del diritto, era stato individuato dalla dottrina francese nell'"ottimismo della codificazione", inteso come stabilità e completezza del sistema normativo, il cui adattamento all'evolversi dei rapporti sociali sarebbe stato garantito dalla forza di espansione logica dei suoi contenuti. Nell'ordinamento tedesco, invece, la dottrina pandettistica aveva individuato il presupposto di questo modello nell'"ottimismo della scienza giuridica", inteso come possibilità di assicurare un approccio scientifico nell'applicazione della norma giuridica mediante procedimenti logico-deduttivi.

A partire dalla fine del XIV secolo, sia in Francia che in Germania si assistette al declino della giurisprudenza concettualistica e al progressivo emergere di una concezione volontaristica del diritto, quest'ultimo inteso come prodotto di una decisione politica e come parte costitutiva, al pari dell'economia, del costume ect, della realtà sociale. In questi ordinamenti, l'avvertita necessità di un continuo adattamento del diritto alla Storia, portò a considerare l'interpretazione non più come mera attività ricognitiva di un diritto preesistente, bensì in termini di partecipazione alla formazione dello stesso. Questo cambiamento di prospettiva troverà la sua massima esplicazione nella Germania del primo dopoguerra quando, nell'ambito della c.d. "giurisprudenza degli interessi", l'attività interpretativa venne intesa come ricerca dei valori sottesi al diritto positivo e degli interessi considerati dal legislatore

⁴ N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, cit., p. 17.

⁵ L. MENGONI, *Diritto e valori*, Il Mulino, 1985, p. 11.

come prevalenti. Secondo questa ricostruzione il giudice, nell'individuare la soluzione del caso concreto, era tenuto ad operare una valutazione degli interessi coinvolti, in conformità ai giudizi di valore espressi dal legislatore.

Contemporaneamente, nell'ordinamento italiano, la rivoluzione operata in Germania dalla giurisprudenza degli interessi non produsse alcun riflesso, continuando a trovare spazio il metodo tecnico-giuridico derivato dalla pandettistica tedesca. Questa dicotomia si perpetuò anche durante il secondo conflitto mondiale: mentre nell'ordinamento tedesco il metodo proprio della giurisprudenza degli interessi e, soprattutto, la tecnica della clausole generali quale strumento di creazione giurisprudenziale di nuovo diritto, consentirono di veicolare i contenuti dell'ideologia nazional-socialista nel diritto civile, nell'ordinamento italiano continuò ad essere valorizzato il metodo positivistico, il cui formalismo concettuale, se da un lato si presentava adatto all'esaltazione del concetto idealistico di Stato, dall'altra non consentì "intrusioni ideologiche"⁶. Solo nel secondo dopoguerra, si riaccese in Italia il dibattito dottrinale relativo al rapporto tra interpretazione e politica del diritto, con conseguente superamento del positivismo giuridico. In particolare, a partire dagli anni '50 si sviluppò una riflessione che, in una prospettiva metodologica, si occupò di definire il ruolo svolto dalla giurisprudenza e i modelli operativi a cui questa deve fare riferimento. Il cambiamento di prospettiva fu senz'altro favorito dal passaggio da un ordinamento chiuso in "un orizzonte immobile" ad una società pluralistica nella quale lo Stato assume, da una parte il compito di produrre norme e procedure finalizzate a regolare il conflitto tra i gruppi sociali e a garantire le libertà individuali, dall'altra un ruolo di intervento diretto nella sfera economico-sociale. Il postulato fondamentale del positivismo giuridico, rappresentato dal monopolio legislativo nella formazione del diritto e dalla riduzione dell'interprete a mero esecutore di comandi normativi, fu superato a favore di una ricostruzione nella quale il legislatore, pur mantenendo un ruolo preminente nella formazione della legge, si vede affiancato in tale attività dalla figura dell'interprete⁷. E' evidente come l'argomentazione politica si differenzi da quella giuridica, essendo la seconda sempre sottoposta al vincolo della legge. Tuttavia, il cambiamento di prospettiva sta proprio nel modo in cui venne definito questo vincolo: allo schema

⁶ L. MENGONI, *Diritto e valori*, cit., p. 21.

⁷ *Ivi*, p. 25.

positivistico della “sussunzione”, fondato sulla tecnica del sillogismo e sul controllo della correttezza delle decisioni giurisprudenziali mediante mezzi puramente logici, si sostituirà la consapevolezza che sia la premessa minore, vale a dire gli elementi di fatto giuridicamente rilevanti nel caso concreto, sia quella maggiore, vale a dire l’individuazione della norma da applicare, rappresentano un’attività valutativa.

A questo proposito, viene in rilievo il contributo fornito da Luigi Mengoni la cui riflessione, nel proporre una mediazione tra la tecnica problematica e quella sistematica, rappresenta un’utile prospettiva dalla quale osservare il tema del controllo giudiziario sulle ragioni economiche di licenziamento. Lo scopo da cui muove l’autore è duplice: da una parte questi intende individuare un modello di argomentazione giuridica nel quale siano esplicitate le valutazioni dell’interprete, in modo da poterle assoggettare ad un controllo razionale idoneo ad assicurarne l’oggettività e la plausibilità sociale; dall’altra, si interroga sul rapporto tra questo metodo ed il pensiero sistematico⁸. Con riferimento al primo profilo, il punto di partenza è rappresentato dal manifesto metodologico pubblicato da Theodor Viehweg nel 1953 il quale, al metodo sistematico, è opposto il pensiero topico inteso come “tecnica di pensare problematicamente”⁹. Il pensiero sistematico, adoperato dalla giurisprudenza, determina “una selezione dei punti di vista da cui i problemi possono essere impostati e così restringe le possibilità di soluzione, respingendo i punti di vista extrasistematici e ammettendo soltanto le soluzioni implicite nelle premesse di decisione già integrate nel sistema, e quindi deducibili con procedimenti logico-formali”. [...] Quando si presenti un caso non corrispondente univocamente a una precisa fattispecie legale, esso viene qualificato nei limiti della comprensione dei concetti sistematici, variamente combinati tra di loro, scartando *a priori* come irrilevanti circostanze di fatto che, prive di valore informativo dal punto di vista precostituito del sistema, potrebbero invece, se esaminate da punti di vista diversi, assumere il valore di indici di un problema nuovo, estraneo al quadro originario di riferimento problematico”¹⁰. Al contrario, nel pensiero topico il punto di partenza dell’attività interpretativa è rappresentato non dal testo ma dal caso, il problema “per

⁸ L. MENGONI, *Diritto e valori*, cit., p. 28.

⁹ T. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, München, 1953 (tr. it. a cura e con *Introduzione* di Crifò, Milano, 1962).

¹⁰ L. MENGONI, *Diritto e valori*, cit., p. 34

la cui soluzione il senso del testo deve essere compreso”¹¹. Nell’interrogare il testo, in modo da individuare il problema a cui la norma risponde, l’interprete sarà tenuto a costruire il proprio “orizzonte ermeneutico assumendo punti di vista valutativi di politica del diritto”, in modo da portare alla luce il momento valutativo e costringerlo ad una giustificazione razionale. Il pensiero problematico consente sia di esplicitare il processo di “precomprensione” del testo, inteso come “anticipazioni di senso e progetti di soluzione che guidano l’interprete alla comprensione del testo”¹², così da fornire rilevanza esclusivamente alle soluzioni razionalmente fondate, sia di consentire la comunicazione sociale delle operazioni intellettuali del giurista. Una volta individuate, mediante il metodo topico, tutte le ipotesi di soluzione razionalmente fondate, sarà tuttavia necessario selezionare quella conforme al dato normativo attraverso il pensiero dogmatico. E’ evidente come i due metodi siano destinati ad integrarsi in un rapporto di interdipendenza: da una parte il pensiero problematico “corregge la tendenza universalistica della dogmatica giuridica, che può tradursi in forme di irrigidimento concettuale del sistema”, dall’altra il pensiero dogmatico consente di verificare quale, tra i diversi significati che possono essere razionalmente attribuiti ad un’espressione di legge secondo la riflessione topica, sia coerente in termini di razionalità sistematica con l’ordine nel quale il testo è inserito.

L’influsso dei valori e di elementi non giuridici o pregiuridici a cui è sottoposto l’interprete, emerge con particolare rilevanza con riferimento all’intervento giurisprudenziale in materia di licenziamenti per motivi economici, sia in ragione degli interessi coinvolti, sia in considerazione della tecnica normativa utilizzata che, mediante norme o clausole generali, rinvia al giudice il compito di individuare gli *standard* e le regole sociali idonee ad integrare la disciplina. Da qui la necessità di affrontare il problema del controllo giudiziario sulla ragioni economiche del licenziamento al fine di individuare, tenendo fermo l’approccio metodologico sopra descritto, modelli teorici di decisione che consentano al pensiero giuridico di essere un “pensiero depurato” vale a dire “non un pensiero estraniato dai punti vista rilevanti per il pensiero politico, ma depurato, mediante la riflessione critica, da

¹¹ L. MENGONI, *Diritto e valori*, cit., p. 37.

¹² *Ivi*, p. 39.

presupposizioni valutative non adeguate a un corretto adempimento del compito di mediare la norma giuridica con la realtà”¹³.

¹³ L. MENGONI, *Diritto e valori*, cit., p. 27.

CAPITOLO 1: I PRINCIPI COSTITUZIONALI IN MATERIA DI LICENZIAMENTO PER MOTIVI ECONOMICI

1. Qualificazione ed efficacia delle norme costituzionali: evoluzione

La carica personalistica che caratterizza la nostra Carta Costituzionale emerge, con particolare intensità, in riferimento al tema fondamentale del “lavoro”. E, d'altra parte, non poteva essere diversamente poiché, quando si fa riferimento al valore della persona umana e alle esigenze di tutela che ne derivano, “il pensiero corre al lavoro, a quel fenomeno di fatto, cioè, in cui l'implicazione della persona è assolutamente evidente, con altrettanto palese necessità di efficaci garanzie e di sicure tutele”¹⁴. L'icastica formulazione dell'art. 1 Cost. individua la forma organizzativa dello Stato nella Repubblica, la sua struttura politica nella democrazia ed il valore fondamentale, fondante l'intero ordinamento, nel lavoro. Tra i principi fondamentali, il lavoro è richiamato nell'art. 4, c. 1 Cost., secondo cui “La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto” e trova espressione nel dovere di ogni cittadino di svolgere un'attività socialmente utile, sancito dall'art. 4, c. 2 Cost. A ciò si aggiunge il compito della Repubblica di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale tali da impedire il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione dei *lavoratori* all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese (art. 3, c. 2 Cost.). Nel Titolo III, dedicato ai rapporti economico-sociali, numerose disposizioni si riferiscono al lavoro quale valore fondante l'ordinamento e strumento di progresso della personalità umana: l'art. 35 Cost., che prevede la tutela del lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni, il riferimento alla dignità contenuto negli artt. 36 e 41 Cost. e tutte quelle disposizioni costituzionali che, in materia di tutela economica e sostanziale, sanciscono il diritto ad una retribuzione minima e sufficiente a garantire al lavoratore e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa (art. 36 Cost.), il diritto al riposo, finalizzato al ripristino delle energie spese nel lavoro e allo svolgimento di altre attività fondamentali per lo sviluppo della persona, la parità di tutele riconosciuta alla donna lavoratrice (art. 37 Cost.), il diritto alla sicurezza sul lavoro e alla garanzia dei mezzi di sostentamento quando lo svolgimento dell'attività lavorativa diventi impossibile (art. 38 Cost.). A ciò si aggiungono gli strumenti di

¹⁴ C. SMURAGLIA, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 2007, p. 426.

auto-tutela, rappresentati dalla libertà di organizzazione sindacale e dal diritto di sciopero. Appare condivisibile l'assunto secondo cui la Costituzione, nel riconoscere al lavoro il ruolo di valore fondamentale dello Stato, di strumento di elevazione delle qualità personali e di progresso della società nel suo complesso, abbia articolato sistemi di tutela via via più penetranti quanto più il lavoro si svolga in condizioni di dipendenza ed inferiorità economica¹⁵.

Con particolare riferimento al fondamento costituzionale della disciplina in materia di licenziamenti individuali, vengono in rilievo gli artt. 4, c. 1 e 41, cc. 1 e 2 Cost. Prima di analizzare il contenuto di queste disposizioni e di affrontare la cruciale questione del loro bilanciamento, appare utile richiamare il processo interpretativo che ha condotto a considerare queste norme costituzionali, dapprima ritenute norme attributive di diritti soggettivi, come principi. Secondo una risalente teoria, le norme costituzionali ed, in particolare, gli artt. 4 e 41 Cost., sarebbero dotate di un'efficacia immediata e diretta, tale da attribuire al lavoratore posizioni soggettive direttamente azionabili in giudizio¹⁶. A partire da questa ricostruzione, accolta dalla dottrina c.d. progressista, si svilupparono due diverse opzioni interpretative: mentre alcuni autori individuavano nell'art. 4, c. 1 Cost. il diritto assoluto alla stabilità del posto di lavoro, altri ne ricavarono il diritto ad eseguire concretamente la prestazione lavorativa. Entrambe le ricostruzioni inquadravano il diritto alla stabilità e l'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro nell'ambito del *propertylike right*, vale a dire nel diritto al godimento dei beni e nel rilascio indisturbato del posto di lavoro. Echi di questa teoria, benché attualmente minoritaria, possono ancora scorgersi in alcune sentenze delle Sezioni Unite della Cassazione, tra le quali è possibile citare la sentenza n. 141/2006, secondo la quale "l'ordine giudiziale di reintegrazione nel posto di lavoro realizza in forma specifica la tutela risarcitoria conseguente alla lesione, arrecata attraverso il licenziamento illegittimo, del diritto soggettivo al lavoro, spettante al prestatore ai sensi dell'art. 1 Cost., art. 4 Cost., comma 1, e art. 35 Cost., comma 1", e in alcuni contributi dottrinali. Con riferimento a questi ultimi, viene in rilievo la ricostruzione giurisprudenziale proposta da Novella, secondo il

¹⁵ C. SMURAGLIA, *Il lavoro nella Costituzione*, cit.

¹⁶ U. NATOLI, *Sui limiti legali e convenzionali della facoltà di recesso ad nutum dell'imprenditore*, in *Riv. giur. lav.*, 1954, I, p. 1060; L. DE ANGELIS, *Spunti civilistici in tema di prestazione di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1973, p. 233; S. CHIARLONI, *Dal diritto alla retribuzione al diritto di lavorare*, in *RTDPC*, 1978, p. 1494.

quale la contemporanea affermazione, nelle pronunce, del principio di insindacabilità delle scelte imprenditoriali e dell'obbligo di *repêchage*, può trovare giustificazione solo ammettendo che l'estensione del controllo giudiziale sia determinato non soltanto dall'art. 3, l. n. 604/1966, ma anche "dall'applicazione in via diretta dei limiti all'iniziativa economica privata derivanti dall'art. 41, c. 2, Cost."¹⁷.

Il secondo passaggio, nella ricostruzione del percorso che ha condotto a qualificare i diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione come "principi", fu rappresentato dalla tesi della natura programmatica dell'art. 4, c. 1 Cost. Secondo questa opzione interpretativa l'art. 4 Cost., nel consacrare il principio del diritto al lavoro, aveva certamente inteso fornire protezione anche al diritto al mantenimento del posto di lavoro, non rinvenendosi argomenti di carattere testuale né alcuna considerazione logica tali da dover ritenere che, al contrario, la disposizione in esame si riferisse esclusivamente all'interesse dei cittadini a trovare lavoro. Tuttavia, la natura programmatica della disposizione costituzionale, non consentiva alla stessa di operare direttamente sulla regolazione dei rapporti intersoggettivi connessi al contratto di lavoro. La tesi in esame fondava la natura programmatica dell'art. 4 Cost. su due argomenti. Innanzitutto, risultava evidente come dall'art. 4 Cost., inteso come principio di regolazione del rapporto di lavoro, non fosse possibile ricavare alcun criterio circa le modalità e le condizioni di esercizio del diritto al mantenimento del posto di lavoro, rinviando alla legge l'individuazione del corretto temperamento con i diritti della controparte. Di conseguenza, nel regolare il conflitto tra interesse del lavoratore alla conservazione del posto ed interesse dell'imprenditore alla risoluzione del rapporto di lavoro, l'art. 4 Cost. attribuisce sicura prevalenza al primo senza, tuttavia, indicare "sino a che punto tale prevalenza si estenda", risultando affidato al legislatore il compito di individuare tale equilibrio mediante una specifica normativa. Inoltre, dall'immediata operatività dell'art. 4 Cost., ne sarebbe risultata l'abrogazione dell'art. 2118 c.c., nella parte in cui disciplinava il recesso *ad nutum*, per incompatibilità con la norma costituzionale sopravvenuta. Tale risultato sarebbe stato eccessivo rispetto alla *ratio* dell'art. 4 Cost. che "dovrebbe sostanzialmente nell'ammissibilità del licenziamento soltanto per giustificato motivo e non in una assoluta impossibilità di recesso che sarebbe in

¹⁷ M. NOVELLA, *Dubbi e osservazioni critiche sul principio di insindacabilità delle scelte economico-organizzative dell'imprenditore*, in *Riv. it. dir. lav.*, 4, 2004, p. 803.

contrasto, tra l'altro, con i principi costituzionali dai quali è tuttora garantita, sebbene opportunamente limitata, la libertà di iniziativa economica privata". In conclusione, mediante il criterio della natura programmatica dell'art. 4 Cost., si ricava sia lo scopo che il legislatore è tenuto a perseguire, sia il vincolo per il giudice di interpretare le disposizioni legislative in vigore, fino al limite in cui sia consentito dalla loro formulazione testuale, nel modo più conforme al precetto costituzionale.

A partire dagli anni Settanta, iniziò a farsi strada la necessità di superare un approccio meramente positivistico nell'interpretazione delle disposizioni giuridiche, per individuare le scelte di valore operate dal legislatore e, di conseguenza, obbligare l'interprete a tenere in considerazione tali valutazioni ed esplicitarle in sede motivazionale¹⁸. Questa riflessione portò alla lenta ma inarrestabile considerazione delle norme costituzionali sui diritti fondamentali essenzialmente come "principi" e cioè come norme che non attribuiscono diritti soggettivi né sono, quindi, qualificabili come norme imperative. Accanto ai semplici "programmi" (indirizzati al solo legislatore e privi in quanto tali di precettività) ed alle vere e proprie "regole" invocabili in giudizio, si è così creata una terza categoria di norme costituzionali, nella quale ricadono sia l'art. 41, c. 1 e 2, che l'art. 4 Cost."¹⁹. I principi, nell'esprimere giudizi di valore, si rivolgono sia al legislatore che all'interprete, essendo quest'ultimo tenuto ad interpretare il diritto positivo alla luce dei principi fondamentali espressi dall'ordinamento e ad esplicitare l'influsso dei valori in sede motivazionale. A partire da questa riflessione, ebbe inizio l'epoca del bilanciamento tra i principi fondamentali, i quali, in ragione della loro connaturata indeterminatezza, non possono essere disposti in un ordine gerarchico definito una volta per tutte, necessitando, al contrario, di una costante opera di bilanciamento, così da consentire al diritto di rendere "omaggio alla vita"²⁰.

2. I principi costituzionali in tema di licenziamento e il loro bilanciamento

Nell'individuare il fondamento costituzionale del potere di licenziamento, è necessario evidenziare come questo non possa essere ricondotto, secondo lo schema

¹⁸ L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, in *Gior. Dir. lav.*, 2007, p. 594.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ G. PERA, *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 321.

tipico delle Costituzioni liberali, al diritto fondamentale della libertà personale. Da tale principio, secondo la concezione pandettistica, si ricavava la necessaria temporaneità dei rapporti obbligatori, nel cui ambito rientravano i contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Tale impostazione venne superata in epoca post-costituzionale, in quanto risultò ben presto evidente che, mentre il lavoratore impegna nel rapporto lavorativo la propria persona, il datore di lavoro vi partecipa essenzialmente con il proprio patrimonio, ponendosi rispetto a quest'ultimo più appropriato il riferimento al principio di libertà di iniziativa economica. Proprio in virtù di tale principio appare, peraltro, configurabile un potere di licenziamento più ampio rispetto alla disciplina generale in materia di recesso dal contratto per inadempimento. La libertà di iniziativa economica, infatti, tutela non soltanto la libertà dell'imprenditore, genericamente considerato come parte contrattuale, di recedere dal contratto in presenza dell'inadempimento della controparte, quanto un più ampio potere di organizzare e stabilire le dimensioni dell'impresa, scegliere i propri collaboratori, modificare i fattori produttivi a seconda delle variabili esigenze di mercato e, perfino, cessare l'attività²¹. Il bilanciamento costituzionale tra il potere di licenziamento ed il diritto del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro, è individuato dalla Costituzione mediante la previsione di due ordini di limiti: da una parte i limiti espressamente individuati dall'art. 41, c. 2 Cost. nell'utilità sociale, nella libertà, nella dignità e nella sicurezza dei lavoratori; dall'altra, i limiti ricavabili dall'art. 4 Cost. La distinzione tra queste due categorie di limiti è stata individuata dalla Corte Costituzionale a partire dalla nota sentenza n. 45 del 1965, nella quale è stata affermata l'estraneità dell'art. 4, c. 1 Cost. rispetto ai limiti sanciti dall'art. 41, c. 2 Cost., in questo modo smentendo le ricostruzioni che pretendevano di far confluire nel c. 2 tutti i diritti economici costituzionalmente riconosciuti al lavoratore.

Nella prima categoria di limiti, sancita dall'art. 41, c. 2 Cost., viene innanzitutto in rilievo l'utilità sociale. Questo limite, in passato considerato come porta di accesso dell'art. 4 Cost. nell'ambito dei limiti sanciti dall'art. 41 Cost.²² e criterio di funzionalizzazione del potere di licenziamento rispetto ad un indeterminato obiettivo

²¹ L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali*, cit., p. 597.

²² M. V. BALLESTRERO, *I licenziamenti*, Franco Angeli Editore, Milano, p. 381.

di utilità sociale²³, risulta attualmente considerato come specifico riferimento, in tema di recesso dal rapporto di lavoro, al rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità. Il limite della sicurezza, non trovando accoglimento l'interpretazione in termini di "sicurezza alla propria esistenza" proposta da Natoli, viene inteso come riferimento alla tutela dell'integrità fisica del lavoratore. Infine, i limiti rappresentati dalla libertà e dalla dignità umana hanno imposto, al legislatore, l'individuazione di concreti limiti al potere di licenziamento, in ragione del coinvolgimento della persona umana nel rapporto di lavoro. Tra questi, è possibile richiamare la previsione del requisito di forma scritta dell'atto di licenziamento, la comunicazione dei motivi, le garanzie procedimentali previste e, soprattutto, la disciplina in materia di licenziamento discriminatorio ed immotivato. Quanto al rapporto tra la libertà di iniziativa economica e i principi costituzionali assoluti, quali la dignità dei lavoratori, la libertà personale ed il divieto di discriminazioni, l'art. 41, c. 2 Cost. si presenta come criterio prestabilito di bilanciamento, alla stregua del quale la libertà di iniziativa economica assume una posizione gerarchicamente inferiore rispetto al "nocciolo duro" dei diritti della persona²⁴.

Al fine di individuare la seconda categoria di limiti alla libertà di iniziativa economica, appare necessario soffermarsi sulla ricostruzione secondo cui il diritto al lavoro (art. 4 Cost.) sarebbe frazionabile in tre profili²⁵: diritto di libertà, diritto sociale e diritto di lavorare. L'art. 4, c. 1 Cost. riconosce, innanzitutto, la libertà di ciascun individuo nella scelta dell'attività lavorativa o della professione a cui intende dedicarsi e, contemporaneamente, il dovere dello Stato di astenersi da qualsiasi interferenza. Il secondo profilo è rappresentato dal diritto sociale al lavoro, con ciò individuandosi il dovere, posto a carico dei pubblici poteri, di creare le condizioni idonee a consentire ad ogni cittadino di svolgere un'attività lavorativa²⁶. Infine, il diritto di lavorare si concretizza nella garanzia di uguaglianza delle persone rispetto al lavoro disponibile. La giurisprudenza costituzionale ha più volte affermato che "il diritto al lavoro non comporta il diritto al posto né il diritto alla sua conservazione" in quanto "la garanzia del diritto al lavoro apprestata dagli artt. 4 e 35 Cost. non

²³ U. NATOLI, *Sicurezza, libertà, dignità del lavoratore nell'impresa*, in *Dir. lav.*, 1956, I, p. 438.

²⁴ L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali*, cit., p. 597.

²⁵ R. DE LUCA TAMAJO, O. MAZZOTTA, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, 2013, p. 16.

²⁶ A. PIZZORUSSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Foro italiano, 1981, p. 153; C. MORTATI, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica*, 1953, p. 143.

provoca una diretta ed incondizionata tutela del posto di lavoro ed è affidata alla discrezionalità del legislatore quanto alla scelta dei tempi e dei modi di attuazione”²⁷. Fin dalla sentenza n. 45/1965, la Corte Costituzionale ha escluso che l’art. 4 Cost. comporti un diritto soggettivo al lavoro, elevando la stabilità all’occupazione al rango di principio costituzionale, il quale “esige che il legislatore assicuri a tutti la continuità del lavoro, e circonda di doverose garanzie e di opportuni temperamenti i casi in cui si renda necessario far luogo a licenziamenti”. Con sentenza n. 2/1986, la Consulta pronunciava, ancora una volta, un monito nei confronti del legislatore, con riferimento alla residuale sopravvivenza del recesso *ad nutum*; successivamente, dichiarava l’illegittimità costituzionale dell’art. 11, c. 1, della l. n. 604/1966, per contrasto con l’art. 4 Cost., nella parte in cui escludeva l’applicabilità degli artt. 1 e 3 della stessa legge nei confronti di prestatori di lavoro che, senza essere pensionati o in possesso dei requisiti di legge per avere diritto alla pensione di vecchiaia, avessero superato il sessantacinquesimo anno di età²⁸. Con quest’ultima pronuncia, la Corte Costituzionale evidenziava come l’art. 4 Cost., oltre a stabilire il diritto al conseguimento di un’occupazione ed il diritto al suo mantenimento, imponga, laddove sia prevista una disciplina relativa ai tempi e modi di irrogazione dei licenziamenti, che questa sia conforme al principio di eguaglianza. A partire dagli anni Novanta, la Consulta ha fatto espresso riferimento al diritto costituzionalmente garantito di non subire un licenziamento arbitrario, vale a dire di non essere estromesso ingiustamente o irragionevolmente²⁹. Da questo breve *excursus* giurisprudenziale, si ricava una distinzione tra il licenziamento discriminatorio ed immotivato, rispetto al quale, come abbiamo visto, opera il criterio di bilanciamento prestabilito e rappresentato dall’art. 41, c. 2 Cost., ed il licenziamento arbitrario o ingiustificato, rispetto al quale il limite alla libertà d’impresa è da individuarsi nel bilanciamento tra l’art. 41, c. 1 Cost. e gli altri principi costituzionali, primo tra tutti il principio della stabilità dell’occupazione sancito dall’art. 4, c. 1 Cost. Il punto di bilanciamento tra gli artt. 4 e 41 Cost. è stato individuato, con riferimento al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, nel principio di *extrema ratio* che, utilizzato quale parametro di interpretazione dell’art. 3, l. n. 604/1966, ha consentito

²⁷ Corte Cost., sentenza 419/2000.

²⁸ Corte Cost., sentenza n. 176/1986.

²⁹ Corte Cost., sentenze n. 56/2006, 541/2000, 60/1991.

alla giurisprudenza l'elaborazione della regola del *repêchage* e dell'adeguatezza del licenziamento per inadempimento.

Il principio di stabilità dell'occupazione espresso dall'art. 4 Cost., trova riconoscimento anche sul piano del diritto comunitario. L'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nel sancire che "ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali", introduce, in un atto a valenza costituzionale, il diritto a non essere licenziati senza una giustificazione e quello ad essere tutelati in caso di licenziamento ingiustificato. Nonostante la formulazione della norma che, facendo uso del termine "diritto", farebbe pensare al concetto di regola immediatamente suscettibile di applicazione concreta, prevale la sua interpretazione in termini di principio, di norma fondamentale che esprime un valore condiviso ed accettato³⁰. Il valore della stabilità, intesa come diritto a non essere licenziati senza giustificazione e ad essere tutelati in caso contrario, è espresso anche dalla Carta sociale europea, ratificata e resa esecutiva con legge 9 febbraio 1999, n. 30. L'art. 24, in particolare, individua quali basi rappresentino una giustificazione del licenziamento e stabilisce il diritto dei lavoratori licenziati senza valido motivo ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione. La stabilità dell'occupazione e del posto di lavoro quale valore del diritto comunitario, emerge anche in alcune direttive come la Dir. 99/70 Ce in tema di contratti a tempo determinato la quale, oltre a prevedere nel Preambolo che le parti firmatarie dell'accordo riconoscono che "i contratti a tempo indeterminato sono e continueranno ad essere la forma comune dei rapporti di lavoro", prevede, tra gli obiettivi, il miglioramento della qualità del lavoro a tempo determinato e la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti a tempo determinato (art. 1). In conclusione, anche dal diritto comunitario emerge la stabilità quale valore immanente al diritto e alle politiche comunitarie, tale da assumere un ruolo strumentale rispetto ad altri principi, primo tra tutti la dignità della persona³¹; tuttavia, non vengono fornite indicazioni su quale sia la tutela necessaria e sufficiente a garantire questo valore. Una risposta a quest'ultimo interrogativo è invece stata fornita, ritornando all'ordinamento nazionale, dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 46/2000. Secondo la Consulta,

³⁰ G. DE SIMONE, *Il valore della stabilità nel diritto comunitario*, in *Lav. dir.*, 2007, 7, p. 560.

³¹ *Ivi*, p. 563.

la reintegrazione nel posto di lavoro del lavoratore illegittimamente licenziato non costituisce “l’unico paradigma possibile attuativo” dei principi di cui agli artt. 4 e 35 Cost. perché, una volta rimossa la disciplina della reintegrazione, non verrebbe meno ogni tutela in materia di licenziamenti illegittimi. In particolare, “resterebbe comunque operante nell’ordinamento, anche alla luce della Carta sociale europea, la tutela obbligatoria prevista dalla l. 15 luglio 1966, n. 604”.

Alla luce delle scelte di valore operate sia in sede comunitaria che nazionale, il giudice è tenuto ad interpretare la disciplina in materia di licenziamenti operando un bilanciamento tra interessi configgenti ed esplicitando la sua decisione “con precise ed univoche indicazioni”. In particolare, mentre rispetto a principi costituzionali assoluti quali la pari dignità sociale, la libertà, la sicurezza e il divieto di discriminazioni, la libertà economica risulta gerarchicamente inferiore in virtù di un’operazione di bilanciamento predeterminata dal legislatore, i principi di tutela del lavoro non richiamati dall’art. 41, c. 2 Cost., primo tra tutti il principio della stabilità dell’occupazione, sono destinati ad essere oggetto di un’operazione di bilanciamento da operarsi in sede giudiziaria, in ragione delle gerarchie necessariamente morbide o mobili che, al di là del “nocciolo duro” dei diritti della persona in senso stretto, caratterizza l’epoca dei principi costituzionali. Questo tipo di interpretazione presenta due vantaggi: da una parte si distanzia dai tentativi di ampliare, al di là della portata della norma, il 2° c. dell’art. 41 Cost. facendovi rientrare tutti i diritti economici costituzionalmente riconosciuti al lavoratore³²; dall’altra si evita il rischio opposto, rappresentato da una parificazione della libertà di impresa ai valori inerenti la persona del lavoratore³³. Con riferimento alle causali di licenziamento, è possibile tracciare una distinzione tra il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo soggettivo, riconducibili alla categoria unitaria del licenziamento per inadempimento, e il licenziamento per ragioni oggettivi in virtù dei principi costituzionali di riferimento. Infatti, mentre il licenziamento per inadempimento, essendo fondato su un presupposto causale tale da coinvolgere la personalità del lavoratore e la sua presunta incapacità di tener fede al regolamento contrattuale, è strettamente connesso al rispetto della dignità del lavoratore (art. 41, c. 2 Cost.), nel

³² U. NATOLI, *Sicurezza, libertà, dignità del lavoratore nell’impresa*, cit., p. 444; C. SMURAGLIA, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, Feltrinelli, Milano, 1958, p. 59.

³³ M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e razionalità*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, p. 28 ss.

licenziamento per ragioni oggettive vengono in rilievo le concrete esigenze esistenziali del dipendente, connesse al reddito, alla professionalità e tutelate in via autonoma dagli artt. 4 e 38 Cost.

CAPITOLO 2 EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA ITALIANA IN MATERIA DI LICENZIAMENTO PER MOTIVI ECONOMICI

1. Dal principio di libera recedibilità alla legge n. 604/1966

Il principio di libertà assoluta di recesso dal rapporto di lavoro subordinato, consacrato negli artt. 2118 e 2119 c.c., affonda le proprie radici nella logica liberale che aveva influenzato prima il *Code Napoléon* e, successivamente, la compilazione del c.c. italiano del 1865. Il legislatore, infatti, nell'individuare lo strumento attraverso cui risolvere il rapporto di lavoro, aveva guardato ai due istituti forniti dal diritto privato, la risoluzione del contratto per inadempimento e il recesso, ed aveva infine optato per quest'ultimo. La ragione di questa scelta, risiedeva nel fatto che questa era la tecnica che meglio si apprestava a sostenere il decollo economico, in un contesto caratterizzato da rapporti di lavoro massivi. La risoluzione per inadempimento avrebbe, per converso, introdotto un controllo giudiziario sui motivi della rottura del rapporto di lavoro e ingenerato quella "inchiesta sui motivi dell'operato della persona", quella "forma di inquisizione che può degenerare fino a divenire tirannica", temuta da Lodovico Barassi³⁴.

La formulazione dell'art. 1628 del codice civile del 1865, secondo cui nessuno poteva porsi "all'altrui servizio che a tempo o per una determinata impresa", evidenziava come il principio di libera recedibilità fosse stato concepito quale baluardo della libertà del singolo, in contrapposizione alla logica feudale del lavoro servile³⁵. Si trattava, tuttavia, di una concezione puramente formale del principio di eguaglianza, in quanto la collocazione, su un piano di parità, della figura dell'imprenditore e di quella del lavoratore subordinato, seppur astrattamente prospettabile nella dimensione giuridica, era destinata a frantumarsi a contatto con la realtà sociale dell'epoca. Quanto al fondamento della libertà di recesso, questo era da individuarsi nella fiduciarità del rapporto di lavoro.

Il sistema del recesso *ad nutum* troverà successive conferme legislative, a partire dalla legge sull'impiego privato³⁶, fino ad approdare al codice civile del 1942 che

³⁴ L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, II ed., Milano, 1917, vol. II, pp. 836-837.

³⁵ O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, 4^a ed., Giuffrè, 2011, p. 669.

³⁶ "Il contratto di impiego a tempo indeterminato non può essere risolto da nessuna delle due parti senza previa disdetta e senza indennità" (r.d.l. n. 1825 del 1924, art. 9).

consacrò il principio di libera recedibilità³⁷, ponendo quale unico limite l'obbligo di preavviso e il principio della giusta causa di recesso³⁸, in presenza della quale anche l'obbligo di preavviso è destinato a venir meno.

Con l'entrata in vigore della Costituzione, si pose un problema di coordinamento tra un sistema che assicurava a lavoratori e datori di lavoro una facoltà assoluta di recesso e un modello costituzionale che, nella consapevolezza della "speciale posizione rivestita" dai lavoratori subordinati e del loro permanente stato di assoggettamento rispetto ad altre classi sociali, approntava "appositi, speciali mezzi di tutela, indirizzati a correggerlo"³⁹. In particolare, veniva in rilievo il principio secondo cui l'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana (art. 41, 2° comma Cost.), e il diritto al lavoro (art. 4 Cost.). Le soluzioni delineate furono diverse.

Sul piano legislativo, fino alla seconda metà degli anni Sessanta venne mantenuta immutata la disciplina codicistica di impianto liberale, nonostante le diverse proposte provenienti da più parti.

Innanzitutto, sul piano della negoziazione collettiva, le parti sociali pervennero all'introduzione di alcune regole, sia in materia di licenziamenti individuali che nell'ambito di quelli per riduzione del personale. Rinviamo al paragrafo successivo per la trattazione di quest'ultima categoria di licenziamento, è tuttavia possibile evidenziare fin d'ora che, mentre l'origine della distinzione tra le due forme di licenziamento conosciute nel nostro ordinamento si deve proprio agli accordi interconfederali, il termine "collettivo" sarà coniato in sede di interpretazione dottrinale della disciplina confederale⁴⁰.

³⁷ Art. 2118 c.c.: "Ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto di lavoro a tempo indeterminato, dando il preavviso nel termine e nei modi stabiliti dagli usi o secondo equità".

³⁸ Art. 2119 c.c.: "Ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto [...] senza preavviso [...] qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto".

³⁹ C. MORTATI, "Principi fondamentali", in *Commentario della Costituzione* a cura di G. BRANCA, Zanichelli, 1986.

⁴⁰ M. DE ROSA, "Il licenziamento per "ragioni economiche": le fattispecie", in *Licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, a cura di R. DE LUCA TAMAJO e F. BIANCHI D'URSO, Giuffrè, 2006, pp. 103.

Attraverso gli accordi interconfederali del settore industriale, in data 18 ottobre 1950⁴¹ e 29 aprile 1965, si introdusse un importante limite al potere di licenziamento unilaterale del datore di lavoro, prevedendo la possibilità, per il lavoratore, di impugnare il licenziamento attraverso procedure conciliative o arbitrali e di ottenere, in caso di accoglimento, la riassunzione o, alternativamente, il pagamento di una penale risarcitoria⁴².

La giurisprudenza, alla luce della distinzione introdotta dalle parti sociali, diede il proprio contributo alla definizione delle due fattispecie di licenziamento, individuando i rispettivi elementi costitutivi: “il criterio distintivo tra le due forme di licenziamento previste dagli accordi interconfederali 21 aprile 1950 e 18 ottobre 1950 non va ricercato nel “numero” dei lavoratori licenziati, sebbene nel “motivo” che sta alla base del licenziamento adottato. Il licenziamento si considera “per riduzione del personale” quando è il “posto di lavoro”, obiettivamente considerato, che va soppresso, indipendentemente dalla persona che lo occupa; va invece considerato “individuale” quando si vuole allontanare dall’azienda un determinato individuo per motivi subbiettivi che riguardano la sua persona”⁴³.

Sul piano dottrinale, l’orientamento maggioritario accolse la distinzione tra licenziamento individuale e licenziamento per riduzione del personale, contribuendo a delineare i confini di queste due categorie. Mentre il licenziamento, nella sua dimensione individuale, risulta motivato da “ragioni che concernono la persona del lavoratore licenziato”⁴⁴, il licenziamento collettivo, derivante dalla “necessità di soppressione di uno o più posti di lavoro, in vista di una riorganizzazione dell’azienda”, viene compiuto valutando “l’interesse dell’impresa in sé considerato, indipendentemente dalla persona del lavoratore o dei lavoratori colpiti dal provvedimento, ai quali non viene imputata alcuna ragione di demerito”⁴⁵. Oltre allo sforzo definitorio, il contributo dottrinale più rilevante si coglie nei diversi percorsi argomentativi individuati per limitare il potere di licenziamento *ad nutum* e renderlo maggiormente conforme al dettato costituzionale.

⁴¹ Attraverso il quale si rinnovava l’accordo concluso il 7 agosto 1947.

⁴² O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, cit., pp. 671-672.

⁴³ Trib. Napoli 10 giugno 1957, in *OGI*, 1957, pp. 547 ss.

⁴⁴ L. MENGONI, “*Deformazioni giurisprudenziali della disciplina collettiva dei licenziamenti nell’industria*”, in *RDV*, 1957, p. 331.

⁴⁵ Ivi, p. 331.

Una prima proposta muoveva proprio dalla Costituzione e, in particolare, dall'interpretazione dell'art. 4, inteso come diritto a mantenere il posto di lavoro. Trattandosi di un diritto costituzionalmente garantito, le uniche limitazioni ammissibili potevano essere apportate solo attraverso un atto di recesso fondato su un "presupposto giustificativo ragionevole e controllabile"⁴⁶. Tale impostazione veniva, tuttavia, contestata dalla dottrina maggioritaria, secondo la quale la natura programmatica dell'art. 4 Cost. esprimerebbe, piuttosto, l'impegno della Repubblica alla creazione di nuovi posti di lavoro.

Un secondo orientamento giungeva alla stessa conclusione attraverso l'attribuzione di un carattere associativo al contratto di lavoro.

Infine, alcuni autori, guardando alla disciplina civilistica, individuarono nell'istituto della nullità del recesso per motivo illecito unico e determinante, un limite al potere di licenziamento *ad nutum* operante, tuttavia, solo in caso di licenziamento puramente arbitrario. In conclusione, l'insufficienza degli sforzi dottrinali di armonizzare in via interpretativa il sistema dei licenziamenti, evidenziava la necessità di un intervento legislativo.

2. Il licenziamento individuale nella legge n. 604 del 1966

Nel 1966 il circuito libertà di recesso/fiduciarietà del rapporto di lavoro si ruppe, attraverso l'introduzione legislativa del principio di necessaria giustificazione del licenziamento. A fianco dell'istituto giuridico della giusta causa, vennero introdotte due ulteriori cause di giustificazione del licenziamento: il giustificato motivo soggettivo, idoneo a fondare il licenziamento in presenza di "notevole inadempimento degli obblighi contrattuali" (art. 3, l. 604/1966) ed il giustificato motivo oggettivo, consistente in "ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa" (seconda parte art. 3, l. 604/1966) tali da giustificare un licenziamento nell'interesse dell'impresa. Il quadro normativo fu completato dallo Statuto dei lavoratori del 1970 il quale, all'art. 18, introdusse la tutela reale del posto di lavoro e ulteriormente perfezionato dalla legge n. 108 del 1990.

⁴⁶ O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, cit. p. 671.

A seguito di questi interventi normativi, il sistema sanzionatorio risultava articolato in tre aree di tutela. A fianco di una residuale area di rilevanza del recesso *ad nutum*, nella quale confluivano alcuni rapporti di lavoro (come il lavoro domestico) e categorie di lavoratori (dirigenti, ultrasessantenni che non abbiano optato per la prosecuzione del rapporto di lavoro), emergeva una zona a tutela meramente obbligatoria e una a tutela reale. La tutela obbligatoria, consistente nell'alternativa per l'imprenditore tra la riassunzione e il pagamento di una penale risarcitoria⁴⁷, trovava applicazione alle ipotesi di licenziamento ingiustificato intimato da un datore di lavoro che occupava, nell'unità produttiva in questione, fino a quindici dipendenti oppure complessivamente fino a sessanta dipendenti. La tutela reale, consistente nel diritto del lavoratore alla reintegrazione nel posto di lavoro e alla ricostituzione del rapporto per il periodo intercorso tra il licenziamento e la sentenza, trovava applicazione alle unità produttive con più di quindici dipendenti e alle imprese nelle quali risultavano occupati più di sessanta lavoratori.

Quanto ai presupposti di legittimità del licenziamento, la disciplina limitativa dei licenziamenti individuò sia vincoli formali che sostanziali.

Con riferimento alla forma del licenziamento, l'art. 2, l. n. 604/1966 introdusse l'obbligo di forma scritta *ad substantiam* del licenziamento e la facoltà per il lavoratore di richiedere, entro quindici giorni dalla comunicazione del licenziamento, i motivi determinanti l'atto di recesso. Lo scopo di questa previsione era da individuarsi sia nella volontà di garantire al lavoratore di conoscere le ragioni del licenziamento, sia nella cristallizzazione della motivazione dell'atto di recesso, in vista di un'eventuale impugnazione dello stesso⁴⁸.

Quanto alla giustificazione sostanziale del licenziamento, con particolare riferimento al recesso determinato da ragioni economiche, la seconda parte dell'art. 3, l. n. 604/1966 introdusse l'obbligo di fondare il licenziamento su "ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essere". Il potere di risolvere il contratto di lavoro per ragioni riorganizzative o ristrutturazioni aziendali, rientrante della libertà di iniziativa economica garantita dall'art. 41 Cost., portò la dottrina a elaborare la distinzione tra ragioni produttive,

⁴⁷ O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, cit., p. 673.

⁴⁸ *Ivi*, p. 675.

ricondotte alle modificazioni funzionali “al mutamento del prodotto”⁴⁹, e ragioni organizzative, connesse alla modificazione degli “strumenti necessari per lo svolgimento dell’attività produttiva”. Al contrario la giurisprudenza, nell’optare per un’interpretazione unitaria delle due opzioni, ricondusse indifferentemente nell’alveo dell’art. 3 le ipotesi di ristrutturazione aziendale, la riduzione della redditività dell’impresa, lo scopo di una più economica gestione dell’azienda, la scelta di concentrare l’attività produttiva su alcuni prodotti e porre fine alla produzione di altri, il ridimensionamento dei programmi di sviluppo. Come avremo modo di affrontare in maniera più approfondita, la giurisprudenza elaborò l’obbligo per il datore di lavoro di provare l’impossibilità di ricollocare il lavoratore in altre mansioni all’interno dell’impresa, nel rispetto del principio di *extrema ratio* del licenziamento.

3. Il licenziamento individuale dopo la Riforma n. 92/2012

L’originario progetto di riforma, presentato dal Ministro del Lavoro alle parti sociali nel gennaio 2012, prevedeva la sperimentazione di un nuovo regime di licenziamento, fondato sui principi della *flexsecurity*, limitatamente alle regioni che avessero stipulato appositi accordi-quadro e alle nuove assunzioni nelle imprese che avessero acconsentito ad adottare questo nuovo modello. A fronte della disponibilità manifestata dalle Regioni e dalle imprese di assumere di sé i “rilevanti oneri per il sostegno del reddito e per l’assistenza intensiva (mediante l’ingaggio delle migliori agenzie di *outplacement*)”, il disegno di legge presentava un duplice scopo: da una parte una graduale riduzione del grado di stabilità dei rapporti di lavoro sorti a partire dall’entrata in vigore della Riforma, dall’altra una semplificazione della disciplina lavoristica da applicarsi all’intera area del lavoro dipendente. Durante le trattative con le parti sociali, a questa proposta venne contrapposto un diverso progetto di riforma, presentato dalla Cisl, i cui aspetti più rilevanti erano rappresentati dall’attrazione della materia del licenziamento individuale per motivi oggettivi nella disciplina predisposta in materia di licenziamenti collettivi, mediante la predisposizione di una procedura di esame congiunto e dall’attribuzione al giudice, in caso di giudizio negativo circa la fondatezza del licenziamento per g.m.o., del

⁴⁹ M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, 1980, p. 303.

potere di scegliere tra la condanna reintegratoria o quella meramente indennitaria. L'accoglimento governativo della proposta avanzata dalla Cisl, è stato oggetto di successivi ed ulteriori compromessi, a seguito dei quali si è giunti all'approvazione della legge 28 giugno 2012, n. 92.

3.1 Finalità

Per comprendere le finalità perseguite dalla Riforma in esame, risulta utile analizzare gli obiettivi indicati nella Relazione illustrativa al disegno di legge. Lo scopo principale della l. n. 92/2012 viene indicato nella realizzazione di “un mercato del lavoro inclusivo e dinamico, in grado di contribuire alla creazione di occupazione, in quantità e qualità, alla crescita sociale ed economica ed alla riduzione permanente del tasso di occupazione”. Questo obiettivo deve essere perseguito attraverso “a) una razionalizzazione delle flessibilità in entrata, individuando nel contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato il “contratto dominante” e, al contempo, contrastando l'uso improprio e strumentale dei contratti flessibili via via introdotti nel sistema; b) una rimodulazione della flessibilità in uscita, adeguando la disciplina del licenziamento, in particolare per alcuni specifici motivi oggettivi, alle esigenze del mutato contesto di riferimento; c) un incremento dell'efficienza, coerenze ed equità dell'assetto degli ammortizzatori sociali e delle politiche attive in una prospettiva di universalizzazione e di rafforzamento dell'occupabilità delle persone”. L'obiettivo della Riforma appare, dunque, da individuarsi nella volontà di modificare gli equilibri tra flessibilità in entrata e in uscita, attraverso una razionalizzazione della prima ed un ampliamento della seconda, con particolare riferimento ai licenziamenti per ragioni economiche⁵⁰.

3.2 Profili formali e procedurali

Quanto ai profili formali e procedurali, la l. n. 92/2012 introduce due novità. Innanzitutto, a seguito della modifica dell'art. 2, l. n. 604/1966, la comunicazione del licenziamento deve obbligatoriamente contenere la specificazione dei motivi che lo hanno determinato, a differenza della precedente previsione secondo cui la

⁵⁰ Per un'analisi critica circa l'effettivo perseguimento di queste finalità cfr. M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, in *Il diritto del lavoro al tempo della crisi*, Atti del XVII Congresso nazionale di Diritto del lavoro, Pisa, 7-9 giugno 2012, Giuffrè Editore, Milano 2013.

motivazione doveva essere fornita solo su richiesta del lavoratore. Inoltre, con particolare riferimento al licenziamento per g.m.o., è stata introdotta una nuova procedura conciliativa preventiva, finalizzata all'individuazione di soluzioni alternative al recesso o di ricollocazione del personale. In particolare, ai sensi del nuovo art. 7, l. n. 604/1966, il licenziamento per g.m.o. deve essere preceduto da una comunicazione del datore di lavoro alla Direzione territoriale del lavoro del luogo nel quale il lavoratore è occupato, da trasmettersi, per conoscenza, anche al dipendente. In questa comunicazione, il datore di lavoro esprime l'intenzione di procedere al licenziamento, indicando i motivi del recesso ed eventuali misure di assistenza alla ricollocazione a favore del lavoratore interessato. Entro il termine perentorio di sette giorni dalla ricezione della comunicazione, la Direzione territoriale del lavoro convoca il datore di lavoro ed il lavoratore per lo svolgimento di un incontro che si svolgerà davanti alla Commissione provinciale di conciliazione. Durante l'incontro, le parti, eventualmente assistite da un'organizzazione di rappresentanza, da un avvocato o da un consulente del lavoro, procederanno ad esaminare anche soluzioni alternative al licenziamento. In caso di fallimento del tentativo di conciliazione, il datore di lavoro può comunicare al lavoratore il licenziamento; in caso di esito positivo, alla risoluzione consensuale del rapporto di lavoro seguirà l'applicazione di disposizioni in materia di Assicurazione sociale per l'impiego e l'individuazione di percorsi di ricollocazione professionale del lavoratore.

3.3 Frammentazione della tutela

Il sistema sin qui delineato, è rimasto in vigore fino alla recente riforma realizzata con l. n. 92/2012 la quale, pur lasciando immutate le causali del licenziamento, è intervenuta sul piano delle conseguenze sanzionatorie, mediante l'introduzione di un articolato sistema rimediale. Il nuovo art. 18 St. lav. prevede, infatti, quattro diversi livelli di tutela, relativi sia alla natura del licenziamento illegittimo che all'intensità della violazione normativa.

Il più elevato grado di tutela, definita come tutela reintegratoria in senso forte (art. art. 18, cc. 1, 2 e 3 St. lav.), trova applicazione, indipendentemente dal motivo addotto e dal numero di dipendenti occupati dal datore di lavoro, in caso di licenziamento nullo per ragioni discriminatorie, per causa di matrimonio oppure

intimato in violazione dei divieti connessi alla condizione di maternità della donna lavoratrice. A queste ipotesi, si aggiunge il licenziamento genericamente nullo “perché riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinato da motivo illecito determinante ai sensi dell’art. 1345 c.c.” e quello inefficace poiché comunicato oralmente. Questa forma di tutela comporta la condanna del datore di lavoro alla reintegrazione nel posto e al pagamento di una indennità, finalizzata a compensare integralmente le perdite subite dal lavoratore, commisurata all’ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento a quello dell’effettiva reintegrazione, e comunque non inferiore alle cinque mensilità, dedotto quanto eventualmente percepito dal lavoratore per lo svolgimento, nel medesimo periodo, di altra attività lavorativa. A ciò si aggiunge il versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali. Il lavoratore ha la possibilità di scegliere tra la reintegrazione nel posto e l’indennità risarcitoria già prevista dall’art. 18 St. lav. nella formulazione antecedente alla l. n. 92/2012.

Il secondo regime sanzionatorio è invece rappresentato dalla tutela reintegratoria attenuata (art. 18, c. 4 St. lav.), prevista per il licenziamento annullabile ed applicabile in tre ipotesi. Viene, innanzitutto, in rilievo l’ipotesi in cui il licenziamento sia intimato in assenza di giusta causa o giustificato motivo soggettivo, ove il fatto contestato non sussista, il lavoratore non l’abbia commesso oppure non rientri tra le condotte punibili con condotta conservativa sulla base delle previsioni contenute nella contrattazione collettiva. Il medesimo regime sanzionatorio trova applicazione in ipotesi di assenza di giustificato motivo oggettivo connesso all’inidoneità fisica o psichica del lavoratore in caso di “manifesta insussistenza del giustificato motivo oggettivo”. La tutela reintegratoria attenuata consiste nella condanna del datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro e al pagamento di un’indennità risarcitoria del danno subito dal lavoratore, commisurata all’ultima retribuzione di fatto dal giorno del licenziamento fino a quello dell’effettiva reintegrazione. Il carattere “attenuato” di questa tutela, deriva dal fatto che, a differenza della tutela reintegratoria forte, non è prevista una soglia minima; a ciò si aggiunge la previsione di un limite massimo dell’indennità, fissato a 12 mensilità e le necessità di dedurre dalla somma non solo quanto il lavoratore ha effettivamente percepito svolgendo altre attività lavorative, ma anche quanto

“avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione”. Rimane fermo il pagamento dei contributi previdenziali ed assistenziali e la possibilità, per il lavoratore, di optare per un’indennità sostitutiva della reintegrazione.

Il terzo regime sanzionatorio è rappresentato dalla tutela risarcitoria forte prevista per altre ipotesi di licenziamento annullabile (art. 18, c. 5 St. lav.). Rientrano nel suo ambito di applicazione tutti i casi di assenza di giusta causa, giustificato motivo soggettivo ed oggettivo diversi da quelli rispetto ai quali trova applicazione la tutela reintegratoria attenuata. In queste ipotesi, il giudice dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un’indennità risarcitoria onnicomprensiva, determinata tra un minimo di dodici ed un massimo di ventiquattro mensilità alla luce di alcuni parametri previsti dalla legge. In particolare, in caso di licenziamento illegittimo per carenza di giustificato motivo soggettivo, il giudice dovrà tenere conto dell’anzianità di servizio del lavoratore, dei dipendenti occupati nell’impresa, delle dimensioni dell’attività economica e del comportamento delle parti. In caso di licenziamento illegittimo per carenza di giustificato motivo oggettivo, oltre ai criteri già elencati, il giudice prenderà in considerazione le iniziative assunte dal lavoratore alla ricerca di una nuova occupazione e del comportamento delle parti nell’ambito della procedura preventiva al licenziamento di cui all’art. 7, l. n. 604/1966.

Infine, l’ultimo regime sanzionatorio è rappresentato dalla tutela indennitaria debole, applicabile al licenziamento inefficace per violazione del requisito di motivazione di cui all’art. 2, l. n. 604/1966, per omissione della procedura, in caso di licenziamento disciplinare, di cui all’art. 7 St. lav. e per violazione della nuova procedura obbligatoria introdotta all’art. 7, l. n. 604/1966 per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo. In queste ipotesi il giudice dichiara risolto il rapporto di lavoro e condanna il datore di lavoro al pagamento di una indennità risarcitoria onnicomprensiva tra un minimo di sei ed un massimo di dodici mensilità, da determinarsi sulla base di alcuni parametri, tra cui rientra la gravità della violazione formale e procedurale commessa dal datore di lavoro.

CAPITOLO 3: UN'ANALISI RAGIONATA DEL NUOVO ART. 18, C. 7 DELLO STATUTO DEI LAVORATORI

1. Il controllo giudiziario sui motivi economici di licenziamento

L'introduzione legislativa del principio di necessaria giustificazione del licenziamento, comportò il parallelo sorgere del potere giudiziale di sindacato sui motivi posti a fondamento dell'atto di recesso. Il regime di recesso fino ad allora vigente, infatti, aveva consentito all'autorità giudiziaria di esprimersi solamente sull'unico limite normativo posto all'atto di licenziamento, vale a dire il rispetto dell'obbligo di preavviso previsto dall'art. 2118 c.c. L'effettività del principio di necessaria giustificazione del recesso, introdotto dalle parti sociali a partire dall'Accordo interconfederale del 1947, successivamente convalidato con gli Accordi del 1950 e del 1965, veniva garantita riconoscendo al lavoratore la facoltà di ricorrere ad un collegio di conciliazione ed arbitrato. La decisione assunta da questo organo, secondo equità e senza obbligo di formalità procedurali, in accoglimento della domanda del lavoratore, poteva imporre al datore di lavoro il ripristino del rapporto di lavoro o, in via alternativa, il pagamento di una penale risarcitoria. Nonostante la portata innovativa della disciplina convenzionale, la stessa appariva intrinsecamente debole, trattandosi di regolamentazione pattizia limitata al settore industriale, che nella sostanza garantiva solo una tutela risarcitoria e non poteva, con tutta evidenza, porsi come strumento alternativo rispetto alla legge⁵¹.

Il recepimento normativo dell'obbligo datoriale di indicare le motivazioni poste a base del licenziamento, ha comportato la parziale attrazione⁵² della materia nell'area del sindacato giudiziale e, contestualmente, il sorgere della delicata questione relativa alla natura e ai limiti di questo controllo. La complessità del tema emerge laddove si considerino i differenti profili che vengono ad intersecarsi: la formazione culturale del giudice, il dibattito intorno alla natura di clausola generale o norma generale dell'art. 3 della l. n. 604 del 1966, le soluzioni ricostruttive del giustificato

⁵¹ O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè Editore, Torino, 2013, p. 688. Sul passaggio dalla disciplina convenzionale a quella legale cfr. M.V. BALLESTRERO, *I licenziamenti*, cit., pp. 47-57.

⁵² Il ricorso al giudice rappresentava uno dei tre possibili strumenti previsti dalla l. n. 604 del 1966, per la realizzazione della tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto. A questo, infatti, si affiancavano l'esperimento di procedure sindacali, laddove previste da contratti collettivi o accordi sindacali (art. 11), e la promozione di un tentativo di conciliazione presso l'Ufficio Provinciale del Lavoro (art. 7).

motivo oggettivo formulate dalla dottrina, gli orientamenti giurisprudenziali in materia e, sullo sfondo, il più generale terreno di scontro (o confronto) tra metodo sistematico e problematico. La seguente analisi avrà come scopo quello di analizzare tali profili, singolarmente considerati, per poi proporre un quadro d'insieme da rileggere alla luce della l. n. 92 del 2012.

2. Il giustificato motivo oggettivo: clausola generale o norma generale

Il licenziamento per motivi economici è giustificato, come stabilisce l'art. 3 della l. n. 604 del 1966, in presenza di *“ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa”*. L'utilizzo di questa formula generica ed indeterminata, che a sua volta rinvia ad altri concetti aperti, quali la produzione, l'organizzazione, l'iniziativa economica⁵³, è espressione di una tecnica legislativa finalizzata, con tutta evidenza, a consentire l'instaurarsi di un rapporto dialettico tra il sistema giuridico e l'ambiente in cui questo è chiamato ad operare, mediante una costante osservazione delle dinamiche sociali, per l'adeguamento del diritto alla realtà circostante e alle istanze da essa provenienti.

Qualificato dalla dottrina prevalente come clausola generale⁵⁴, il giustificato motivo oggettivo è confluito nel più ampio dibattito relativo al discrimine tra clausole e norme generali, il quale, lungi dal prospettare una mera questione classificatoria, assume rilevanti risvolti in materia di controllo giudiziale. Nel tratteggiare brevemente il quadro dottrinale formatosi in materia, appare utile soffermarsi sulle divergenti soluzioni proposte da due autori che si sono occupati del tema, Luigi Mengoni e Stefano Rodotà.

Secondo la riflessione condotta dal Mengoni, il concetto di clausola generale andrebbe tenuto distinto da altre strutture normative a contenuto variabile, quali le norme e i principi generali.

L'autore definisce le norme generali come *“disposizioni complete, costituite da una fattispecie ed un comando”*; in particolare *“la fattispecie non descrive un singolo caso o un gruppo di casi, bensì una generalità di casi genericamente definiti*

⁵³ O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, cit., pp. 716-717.

⁵⁴ M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. G. ALGANO, vol. XXXVI, Cedam, Padova, 2005, p. 101 ss.

*mediante una categoria, per la cui individuazione il giudice è rinviato volta a volta a modelli di comportamento e a stregue di valutazioni obiettivamente vigenti nell'ambito sociale in cui opera*⁵⁵. Nel compimento di tale operazione ermeneutica, l'interprete definisce quale dovrebbe essere in concreto il comportamento delle parti, secondo una prospettiva che guarda al rapporto contrattuale nella sua dimensione statica⁵⁶.

Le clausole generali, invece, secondo la ricostruzione proposta dallo stesso Mengoni, sono “*norme incomplete, frammenti di norme*”⁵⁷, le quali non possono operare autonomamente per due ordini di motivi. Innanzitutto, le clausole generali possono divenire operative soltanto se intessute nell'ordito coordinato di altre disposizioni normative applicabili; inoltre, sul piano giudiziale, esse esprimono una direttiva di ausilio nella ricerca della norma da applicare al caso concreto e non un modello decisorio precostituito⁵⁸. Così, ad esempio, la clausola della buona fede troverà operatività nell'ambito delle norme in materia di formazione, interpretazione ed esecuzione del contratto e la clausola del buon costume in quelle relative ai requisiti di validità ed efficacia del contratto ed alla ripetizione dell'indebito. Trattandosi di norme incomplete, queste possono trovare applicazione solo congiuntamente ad altre prescrizioni relative allo svolgimento del rapporto contrattuale e, di conseguenza, consentono di operare una valutazione circa la giuridicità di un determinato comportamento in concreto tenuto dalle parti. In altri termini, le clausole generali intervengono nella fase dinamica del rapporto, fornendo una valutazione circa la giuridicità di un comportamento manifesto, *concretamente assunto* dagli attori giuridici, senza aggiungere alcuna indicazione su *quale dovrebbe essere* il comportamento da approvare rispetto all'agire dei contraenti.

Infine, nella categoria dei principi generali sono ricompresi sia i principi dogmatici che le massime di origine retorica, concetti aperti che si distinguono dalle clausole generali per essere, rispettivamente, principi deduttivi e massime di argomentazione dialettica.

⁵⁵ Cit. L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. privato*, 1986, pp. 9.

⁵⁶ P. ALBI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in O. MAZZOTTA (a cura di), *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro*, Giappichelli Editore, Torino, 2008, p. 75.

⁵⁷ *Ivi*, pp. 10-11.

⁵⁸ *Ibidem*.

Posta questa distinzione, l'autore delinea il rapporto tra le clausole generali e gli *standards*, per questi ultimi intendendosi i comportamenti, le opinioni e le aspettative sociali. La concezione originaria delle clausole generali, legata al positivismo giuridico, configurava questo rapporto in termini di rinvio recettizio ad una norma sociale di condotta, rispetto alla quale il giudice avrebbe solo una residuale funzione ricognitiva. Di fatti, secondo l'attuale prospettiva, oggetto del rinvio operato dalle clausole generali non sarebbero gli *standards* in sé considerati, quanto le “*forme esemplari dell'esperienza dei valori*”⁵⁹ che si innestano nel contesto delle opinioni e delle aspettative sociali e ne rappresentano l'essenza da approvare ed incoraggiare per l'affermazione della pace sociale. Il passaggio dagli *standards* ai valori della realtà sociale, come punto di riferimento dell'interpretazione giudiziale delle clausole generali, determina un significativo mutamento di prospettiva in ordine alla funzione svolta dalle stesse. Infatti, se si ritiene che la clausola generale contenga un rinvio a *standards* valutativi rinvenibili nella società, la sua funzione consisterà in una mera conservazione dei modelli di comportamento già consolidati nell'esperienza; se, invece, si considera tale rinvio come rivolto non agli *standards* in quanto tali, ma intesi come espressione di principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, la clausola consentirà al giudice di individuare soluzioni maggiormente avanzate sul piano valoriale, rispetto ai modelli di condotta già esistenti.

Individuati gli aspetti più importanti della riflessione svolta da Mengoni sul tema della clausole generali, e tenuto conto del fatto che tali coordinate torneranno utili nel proseguo, appare necessario stabilire se il giustificato motivo oggettivo debba essere inquadrato nella categoria delle clausole generali oppure in quella delle norme generali. In materia di licenziamenti, l'individuazione del punto di equilibrio tra l'interesse del lavoratore alla stabilità del posto e il potere di recesso del datore di lavoro, è attività ermeneutica complessa, caratterizzata da due operazioni: oltre all'individuazione del bilanciamento tra i valori costituzionali coinvolti, è necessario operare una valutazione comparativa tra posizioni contrattuali contrapposte⁶⁰. Posta questa premessa, sussiste ora l'esigenza di verificare come si inserisce il giustificato motivo oggettivo nella valutazione dei diritti e degli obblighi delle parti del rapporto obbligatorio. Se si considera il giustificato motivo oggettivo come clausola generale,

⁵⁹ *Ivi*, p. 15.

⁶⁰ P. ALBI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, cit., p. 74.

poiché essa riguarda la fase dinamica dell'attuazione del rapporto, il controllo giudiziale avrà ad oggetto le modalità di esercizio del potere di licenziamento, il comportamento concretamente adottato dal datore di lavoro e il suo apprezzamento in termini di giuridicità. Il rischio è, all'evidenza, quello di operare un controllo giudiziale sul *come* il potere di licenziamento è stato esercitato, senza aver previamente affrontato la questione preliminare a questo interrogativo, vale a dire l'individuazione dei limiti posti dall'ordinamento al potere datoriale⁶¹. Se, invece, l'art. 3 della l. n. 604 del 1966 viene inquadrato nella categoria della norme generali, la valutazione del giustificato motivo oggettivo, avendo ad oggetto il rapporto di lavoro nella sua fase statica, può realmente consentire all'interprete di operare una comparazione delle rispettive posizioni contrattuali, fornendo indicazioni circa l'ampiezza dei diritti e degli obblighi delle parti e, in ultima analisi, sui limiti al potere di licenziamento. L'elaborazione giurisprudenziale dell'obbligo di *repêchage* e del criterio di *extrema ratio*, rappresenta un esempio significativo di come il giustificato motivo oggettivo, alla luce dell'interpretazione da ultimo proposta, possa consentire all'interprete di individuare i limiti posti al potere di licenziamento, attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata alla ricerca del punto di equilibrio tra l'autenticità della scelta di ridimensionamento dell'organico e la tutela del posto di lavoro⁶².

Nel contesto della ricostruzione proposta dai citati autori, la configurazione del giustificato motivo oggettivo in termini di clausola generale o norma generale, presenta, dunque, due significative differenze: una sul piano del metodo interpretativo, l'altra su quello dei risultati del procedimento ermeneutico.

Sotto il primo profilo, appare evidente come sia le clausole generali che le norme generali, in quanto “*nozioni a contenuto variabile*”⁶³, condividano il classico problema dell'indeterminatezza, seppur con intensità differenti. Infatti, mentre per le clausole generali l'indeterminatezza si presenta nei termini di “*tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto*”⁶⁴, l'indeterminatezza delle norme generali deriva dalla circostanza che la fattispecie, anziché definire

⁶¹ Ivi, p. 75.

⁶² Ivi, p. 76.

⁶³ S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. privato*, 1987, p. 714.

⁶⁴ L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., p. 10.

analiticamente un singolo caso o un gruppo di casi, si riferisce ad una generalità di casi descritti mediante una categoria riassuntiva. Di conseguenza, mentre il giudice, di fronte ad una clausola generale, dovrà “*costruire*” la norma giuridica da applicare al caso concreto, alla luce degli *standards* e dei valori giuridici in essi insiti, l’interprete, in presenza di una norma generale, dovrà *individuare*, alla stregua dei principi costituzionali, nonché dei modelli di comportamento e delle valutazioni obiettivamente manifesti nella realtà sociale, i casi rientranti nella generica formulazione della norma. Dunque, con riferimento alle norme generali, il paventato rischio di una valutazione arbitraria e soggettivistica da parte del giudice⁶⁵ appare ridursi notevolmente, dal momento che si dovrà accertare unicamente un collegamento del caso osservato alla categoria riassuntiva contenuta nella norma.

Sotto il profilo dei risultati interpretativi, invece, mentre le clausole generali consentono di fornire un giudizio circa le *modalità* con cui un potere è stato esercitato, le norme generali permettono all’interprete di spostarsi dal piano dinamico a quello statico e, da lì, di individuare i *limiti* di tale potere.

Mettendo in guardia contro il rischio di controversie puramente nominalistiche e di distinzioni pretestuose o inutili, Rodotà propone una ricostruzione della dialettica tra clausole generali ed altre disposizioni indeterminate, in termini assai differenti.

La riflessione dell’autore parte dalla constatazione del sempre più accentuato ricorso legislativo alla tecnica della clausole generali, come strumento sia di apertura dell’ordinamento giuridico verso la società, sia di risposta verso le discontinuità che potrebbero prodursi nel futuro⁶⁶. Esse si inseriscono in un più ampio contesto, che ha visto modificarsi il modo di intendere il rapporto tra il diritto ed il tempo e le tecniche legislative mediante le quali consentire al diritto di dominare il tempo e, quindi, la dimensione del futuro. Il modello di razionalità a lungo predominante nel nostro ordinamento, obbediva a regole scientifiche di continuità e di linearità, quasi che il futuro non potesse essere considerato se non sotto forma di sviluppo lineare del presente, racchiuso nel passato come in “una molla compressa”⁶⁷. L’emergere di

⁶⁵ Cfr. P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, Milano, 1996.

⁶⁶ S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, cit., p. 715.

⁶⁷ *Ivi*, p. 714. L’autore riprende questa espressione da R. BODEI, *Riflessioni sul tempo e gli intrecci temporali nella narrazione storica*, in M. SALVATI (a cura di), *Scienza, narrazione e tempo*, Franco Angeli Editore, Milano, 1985, p. 355.

nuovi modelli, fondati su di una logica non sempre lineare, attenti ad un trascorrere del tempo caratterizzato dall'instabilità delle strutture, hanno portato all'individuazione di nuove tecniche legislative, tra le quali l'utilizzo di clausole elastiche. Il concetto di elasticità si sviluppa nel contesto di due dimensioni tra loro complementari: da una parte è associato a strumenti di adeguamento automatico della disciplina giuridica ai mutamenti dei dati fattuali, dall'altra trova concretizzazione attraverso l'intervento di soggetti diversi dal legislatore, quali la Pubblica Amministrazione o il giudice. Poiché nella categoria delle norme elastiche rientrano non soltanto le clausole generali, ma anche i principi, le direttive, gli *standards* e le norme generali, Rodotà si interroga sulla ragion d'essere di queste distinzioni e sul criterio discrezionale che li caratterizza.

La distinzione tra principi e clausole generali appare evidente: mentre i primi rappresentano i valori fondanti dell'ordinamento, le seconde sono destinate ad agire all'interno del perimetro definito dai principi, i quali rappresentano un limite all'andamento elastico del sistema⁶⁸.

Più difficile appare l'individuazione della linea di discriminazione tra *standards* e clausole generali, concetti che esprimono semplici varianti lessicali di un medesimo concetto, vale a dire il riferimento a modelli comportamentali e valoriali rinvenibili nella realtà sociale.

Infine, l'autore si interroga sulla distinzione tra clausole e norme generali, ma l'esercizio risulta immediatamente sterile, dal momento che interviene netta e dirimente la considerazione che verifica come entrambe le tecniche di regolamentazione siano fattispecie aperte, le quali operano un esplicito trasferimento al giudice del potere di apprezzamento del caso concreto, alla luce dei modelli di comportamento e delle valutazioni sociali presenti o comunque individuabili nell'ambiente di riferimento. Appare dunque priva di fondamento la ricostruzione che definisce le norme generali in termini di fattispecie complete, con la pretesa di differenziarle dalle clausole generali, intese come frammenti di norme. Anche l'assunto che ammette le clausole generali come destinate ad operare nell'ambito di altre disposizioni, nel tentativo di diversificarle dalle norme generali, non porta in sé alcuna argomentazione sufficiente a validare l'esperimento di collocazione delle due

⁶⁸ Ivi, p. 722.

categorie su specifici piani di caratterizzazione. Infatti, anche altre norme – come quella sulla causa del contratto – sono destinate ad operare nell’ambito della disciplina prevista per il negozio giuridico concluso dalle parti, da ciò dovendosi ricavare che il porre una norma in relazione ad altre, non va ad incidere sulla completezza dell’impianto precettivo contenuto in ciascuno di esse.

Se un criterio discreitivo può essere individuato, questo risiede nella volontarietà (o meno) del carattere indeterminato impresso alla norma dal legislatore. Infatti, posto che *“ogni atto giuridico è dal diritto stesso in parte determinato, in parte lasciato all’indeterminatezza”*⁶⁹, quest’ultima può essere involontaria o meno. Si è in presenza di un’indeterminatezza involontaria quando questa deriva dall’equivocità della formulazione della norma, o dall’inevitabile imprecisione dei concetti normativi, tipica di irrinunciabili scelte operate dal legislatore perché non diversamente formulabili. L’indeterminatezza intenzionale, propria delle clausole generali, consiste invece nella scelta programmatica del legislatore di sospendere il giudizio e di rinviarne la soluzione ad una diversa autorità. In altri termini, se una differenza esiste tra clausole generali ed altre nozioni a contenuto variabile, questa può essere colta unicamente nella scelta della tecnica legislativa impiegata⁷⁰; non sussiste, al contrario, nessuna differenza sul piano interpretativo: ogni fattispecie aperta, intenzionale o meno che sia l’indeterminatezza che la contraddistingue, opera un *“esplicito trasferimento al giudice del potere di procedere ad un autonomo apprezzamento della situazione di fatto ed alla concretizzazione della norma, secondo parametri desunti da modelli di comportamento o valutazioni sociali presenti nell’ambiente nel quale la decisione è destinata a produrre effetti”*⁷¹.

Alla luce di questa ricostruzione, il tentativo di parte della dottrina di circoscrivere l’area ascrivibile alla tecnica delle clausole generali, può essere interpretato come il risultato di un atteggiamento di diffidenza verso la legislazione per principi ed, in particolare, verso il rischio di scendere sul piano di un decisionismo giudiziale, in grado di compromettere la certezza delle relazioni giuridiche. Il pericolo di indebite ingerenze sulla libera determinazione dei privati, da parte del potere giudiziario, deve, a parere dell’autore, essere sdrammatizzato in considerazione dei paradigmi

⁶⁹ H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, p. 382.

⁷⁰ K. ENGELS, *Introduzione al pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano, 1970.

⁷¹ S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, cit., p. 723.

sintomatici elaborati dalla giurisprudenza. Infatti, posto che la scienza giuridica non può limitarsi a registrare e a catalogare le decisioni della giurisprudenza, dovendo piuttosto spingersi ad effettuare un controllo di razionalità e coerenza rispetto ai dati sociali, ai valori e ai principi fondamentali di riferimento, sarà sempre possibile per l'interprete verificare se, nel flusso delle argomentazioni giurisprudenziali, sia rintracciabile l'affermazione di un principio e non una semplice navigazione a vista⁷².

3. Il dibattito dottrinale sul giustificato motivo oggettivo agli esordi della disciplina limitativa del licenziamento

La complessa formulazione dell'art. 3 della l. n. 604 del 1966, ha costituito, fin dai primi commenti alla legge, oggetto di analisi interpretativa e di critica, nel tentativo di individuare l'oggetto ed i limiti del controllo giudiziale sulle ragioni del licenziamento. Due furono le tesi dominanti, seppur articolate al loro interno, che si contrapposero: la teoria dell'utilità sociale e la concezione assolutistica della libertà di iniziativa economica.

3.1 La teoria dell'utilità sociale

Secondo la teoria dell'utilità sociale, il legislatore del 1966 aveva inteso dare attuazione agli artt. 4 e 41 Cost. in materia di recesso dal rapporto di lavoro⁷³, ponendo al potere di licenziamento un limite essenzialmente oggettivo, da identificarsi nelle esigenze che, alla luce delle necessità organizzative dell'impresa, dovessero essere considerate come effettivamente prevalenti⁷⁴. Il controllo giudiziale sui motivi del licenziamento assumeva, di conseguenza, i caratteri di un sindacato di merito sulle scelte organizzative effettuate dall'imprenditore e comportanti un ridimensionamento dell'impiego della forza lavoro. A partire da questa premessa, si svilupparono, tuttavia, ricostruzioni differenti sia in relazione all'oggetto dell'esame

⁷² P. ALBI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, op. cit., p. 71, con rinvio a G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988, pp. 149-150.

⁷³ Cfr. M. VAIS, *Iter formativo e interpretazione della legge sui licenziamenti individuali*, in *Riv. giur. lav.*, 1966, I, p. 311, secondo cui assume rilevanza, nell'interpretazione della l. n. 604/1966, anche il principio di tutela del contraente economicamente più debole nel rapporto di lavoro.

⁷⁴ Si rinvia a M.V. BALLESTRERO, *I licenziamenti*, cit., per una breve ricostruzione della teoria dell'utilità sociale.

giudiziale, che ai *criteri* di valutazione delle decisioni datoriali di riduzione del fattore lavoro, andandosi così a definire i confini di un controllo di merito più o meno penetrante.

Nel tentativo di tratteggiare, seppur brevemente, le diverse declinazioni della teoria dell'utilità sociale, è possibile iniziare da quella ricostruzione che maggiormente valorizzò tale principio, ovverossia la tesi della funzionalizzazione dell'impresa. In considerazione delle linee direttrici della Carta Costituzionale, espressione di una netta ispirazione interventistica dell'ordinamento nel settore produttivo⁷⁵, alcuni autori evidenziarono come il nucleo interno di determinate posizioni soggettive – come il diritto di proprietà e la libertà di iniziativa economica – fosse stato oggetto di un profondo processo di trasformazione, dovuto al concorso di interessi diversi, e tale da orientare queste libertà verso il perseguimento di finalità ulteriori rispetto a quelle puramente individualistiche del soggetto agente⁷⁶. La libertà di iniziativa economica assume, in questa ricostruzione, un carattere strumentale e funzionale rispetto alla realizzazione dell'utilità sociale, in una duplice dimensione. In una prospettiva generale, con riferimento ai riflessi che l'iniziativa economica privata produce nei confronti della società circostante, l'art. 4, 2° c. Cost. garantisce lo svolgimento di ogni attività economica socialmente utile, potendosi considerare tali quelle che, per i fini perseguiti e per le modalità di svolgimento, concorrono all'instaurazione, in capo ai consociati, di migliori condizioni di vita materiali e spirituali⁷⁷. In una prospettiva intersoggettiva, l'istanza sociale è garantita dall'art. 41, 2° c. Cost. il quale, nell'affermare che l'iniziativa privata “non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”, pone un limite preciso all'attività di impresa⁷⁸. Appare evidente come l'utilità sociale orienti l'iniziativa economica privata in ogni sua fase, dalla scelta dell'attività, ai rapporti di lavoro, alle decisioni organizzative e produttive assunte dal datore di lavoro *in itinere*. La clausola dell'utilità sociale, seppur nella sua genericità, rappresenta quindi un prezioso parametro interpretativo, alla luce del

⁷⁵ U. ROMAGNOLI, *Intervento*, in *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, Atti delle giornate di studio di Firenze, 27-28 aprile 1968, Giuffrè, Milano, 1969, p. 75.

⁷⁶ U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata del rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1955, p. 93.

⁷⁷ *Ivi*, p. 94-97.

⁷⁸ *Ibidem*.

quale interpretare l'art. 3 della l. n. 604/1966 come divieto imposto al datore di lavoro di porre in essere misure incompatibili con il fine più generale dell'occupazione.

In questo quadro ricostruttivo, il controllo giudiziale circa le ragioni organizzative e produttive invocate dall'imprenditore, avrà ad oggetto la struttura dell'impresa, le alternative che si offrono al suo sviluppo e le strategie che possono essere seguite, al fine di condurre un'indagine sulla convenienza sociale della scelta di licenziamento. Si tratta, con tutta evidenza, di un penetrante controllo di merito, al termine del quale l'esercizio del potere di recesso da parte del datore di lavoro sarà ritenuto legittimo soltanto nella misura in cui la scelta del licenziamento dovesse risultare socialmente opportuna o, quantomeno, socialmente conveniente⁷⁹. Altri autori, pur condividendo l'assunto secondo cui la legge del 1966 aveva voluto consentire al giudice un controllo di merito sulle scelte imprenditoriali, tale da indirizzarle secondo un criterio di mantenimento dell'occupazione, configurano tale sindacato in termini di normalità tecnico-organizzativa. L'art. 3 della l. n. 604/1966, nell'individuare e classificare le macro-aree di significato economico, ovverosia le ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa, statuisce in buona sostanza la demitizzazione del concetto di interesse superiore dell'impresa, riproducendolo in termini più tecnicizzati e obiettivizzati⁸⁰. Oggetto del giudizio saranno fatti e circostanze obiettivamente accertabili, da valutarsi sul piano della razionalità e dell'efficienza imprenditoriale, al fine di verificare, in considerazione delle regole di esperienza e di normalità tecnica-organizzativa, la loro oggettiva prevalenza rispetto all'interesse alla conservazione del posto di lavoro⁸¹. Il giudice non può limitarsi ad accertare la sussistenza di un nesso di causalità tra le scelte organizzative ed il licenziamento, dovendo scendere nel merito della decisione al fine di verificarne la tenuta rispetto ai criteri di buon andamento e buona

⁷⁹ La tesi della "socialità" delle scelte organizzative che motivano il licenziamento è stata sostenuta da U. ROMAGNOLI, in *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, cit., p. 73 ss. e da DI MAJO, *Sindacato di legittimità o sindacato di merito sui licenziamenti c.d. tecnologici?*, in *Giur. di merito*, 1970, p. 523 ss.

⁸⁰ E. DI BERARDINO, *Intervento*, in *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, cit., p. 137; A. CESSARI, *Sindacabilità dei motivi in sede arbitrale*, in *Dir. Lav.*, 1966, I, p. 281, il quale ritiene che "il criterio soggettivo cede ormai a quello obiettivo; il metro per giustificare il licenziamento si sposta dal piano della relazione personale intercorrente tra le parti, al piano dell'inserzione del prestatore d'opera entro un'organizzazione diretta stabilmente ad un fine produttivo".

⁸¹ U. NATOLI, *L'art. 2118 cod. civ. e il problema della <<giusta causa>> del licenziamento*, in *Riv. giur. lav.*, 1966, I, p. 107.

conduzione dell'impresa. Infatti, se il sindacato giudiziale dovesse limitarsi al solo profilo della consequenzialità logica delle esplicazioni del potere datoriale, senza spingersi ad un più penetrante controllo di merito, l'intervento del magistrato risulterebbe impotente, se non addirittura vano, *“perché trattenuto sulla soglia, anzi al di là del ponte levatoio del castello o dell'oppidum del datore, che resta inespugnabile, potendo spingersi – al più – al controllo (del resto, difficoltosissimo) della veridicità della giustificazione addotta nel licenziamento”*⁸².

Secondo un'interpretazione più restrittiva della l. n. 604/1966, pur non escludendosi la legittimità costituzionale di una legge che consentisse al giudice di sottoporre ad un minuzioso vaglio di merito la concatenazione delle scelte del datore di lavoro, all'interno delle quali il licenziamento costituirebbe l'ultimo anello, non appare possibile ritenere che il legislatore si sia spinto a tanto⁸³. Questa impostazione condivide, con la teoria della funzionalizzazione dell'impresa, la premessa di matrice costituzionale, secondo cui la libertà di iniziativa economica deve essere temperata con le altrui libertà e gli altrui diritti garantiti dalla Costituzione. L'esistenza di interessi costituzionalmente rilevanti e potenzialmente contrapposti, se da un lato porta ad escludere che possano esistere sfere di assoluta sovranità, dall'altra, in presenza di una gerarchia di valori come quella individuata dall'art. 41 Cost., può legittimare il legislatore non solo ad effettuare un bilanciamento ma, addirittura, ad effettuare scelte tali da determinare il sacrificio integrale di uno degli interessi in conflitto. Così, in materia di assunzione obbligatoria dei lavoratori invalidi, il legislatore ha posto un limite alla libertà di iniziativa economica, limite che trova la sua giustificazione nell'art. 38, 3° c. Cost.; allo stesso modo, il legislatore ben potrebbe vietare lo svolgimento di un'attività economica ritenuta lesiva della libertà, della dignità e della sicurezza della persona⁸⁴. Di conseguenza, non esisterebbero ostacoli costituzionali ad una legge che consentisse un penetrante controllo di merito sul licenziamento, mediante il criterio dell'utilità sociale; appare tuttavia necessario chiedersi se, e in che misura, questa opzione sia stata

⁸² E. DI BERARDINO, *Intervento*, in *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, cit., p. 138.

⁸³ G. TRIONI, *Contributo all'esegesi della legge 15 luglio 1966, n. 604*, in Riv. giur. lav., 1967, I, p. 122.

⁸⁴ *Ivi*, pp. 119-120.

effettivamente accolta dal legislatore del 1966⁸⁵. L'art. 3 della l. n. 604/1966, secondo la ricostruzione in esame, ha sicuramente determinato un'oggettivazione della nozione di interesse dell'impresa, costruendo come modello di comportamento quello del "buon imprenditore", intendendosi per tale non solo colui che non licenzia per motivi del tutto estranei all'interesse dell'impresa (vale a dire rendendosi promotore di abusi e deviazioni rispetto al corretto *iter* formativo della volontà del legislatore), ma anche colui che analizza i fatti gestionali in aderenza all'interesse di impresa. Due le letture che si collocano sul piano interpretativo dell'art. 3. Secondo una prima interpretazione, la determinazione al licenziamento consisterebbe sempre in un fatto psicologico, la cui valutazione ricade nell'ambito della buona fede. Il datore di lavoro sarebbe tenuto a provare i fatti obiettivi che, secondo la propria valutazione, lo hanno indotto al licenziamento, residuando al giudice l'individuazione, a partire da questi fatti, di presunzioni chiare, precise e concordanti tali da consentire la ricostruzione di una determinazione psicologica non viziata da deviazioni. La ricostruzione dell'art. 3 in termini di abuso del diritto, consentirebbe al giudice di ritenere irrilevante la (seppur esistente) obiettiva esigenza dell'impresa, nel caso in cui risultasse che i reali motivi che hanno determinato la decisione dell'imprenditore siano ad essa estranei; inoltre, il giudice sarebbe abilitato anche a risalire a precedenti decisioni del datore di lavoro che, pur estranee alla situazione del lavoratore licenziato, abbiano creato le condizioni obiettive del licenziamento, per verificare se queste decisioni siano ispirate all'*animus nocendi*. Secondo una diversa interpretazione di natura eziologica, il giudice dovrebbe valutare l'effettiva sussistenza del fatto posto a base del licenziamento e del nesso logico tra questo ed il licenziamento, senza per questo trascurare la determinazione volitiva del datore di lavoro⁸⁶. In questo modo, il controllo giudiziale potrebbe portare ad una valutazione di immotivato licenziamento non solo in caso di insussistenza delle ragioni addotte, ma anche quando tali ragioni non siano state determinanti nella scelta del datore.

⁸⁵ L'assunto è sostenuto da Trioni e da Minervini. Quest'ultimo evidenzia come, sebbene allo stato attuale la tesi della funzionalizzazione dell'impresa sia insostenibile, questo non significa che debba valere *sub specie aeternitatis*. Infatti, sotto il profilo costituzionale, il legislatore "non farebbe cosa aberrante se estendesse limiti e controlli al quanto e al come dell'impresa". Cfr. G. MINERVINI, *Intervento*, in *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, cit. p. 59.

⁸⁶ G. TRIONI, *Contributo all'esegesi della legge 15 luglio 1966, n. 604*, cit., pp. 121-122.

Tuttavia, la generica formulazione dell'art. 3 porta ad escludere che il legislatore abbia inteso introdurre tale minuzioso controllo giudiziale sulle decisioni organizzative, trovando piuttosto rilevanza un sindacato sull'atto di licenziamento condotto alla luce del criterio della diligenza media del buon imprenditore. Questo parametro consente di escludere una valutazione dell'atto di licenziamento fondata esclusivamente sulla sua convenienza economica, dovendosi escludere che abbiano rilevanza, ad esempio, l'interesse datoriale al massimo profitto, allo svecchiamento della forza lavoro oppure ad una riduzione del costo complessivo del personale realizzato mediante il ricambio continuo dei lavoratori per mantenere al minimo i trattamenti retributivi. Assume, al contrario, rilevanza, il contemperamento tra interessi economici e sociali, da raggiungere attraverso un'indagine di merito che, rispettosa del margine di opinabilità entro cui le scelte imprenditoriali appaiono insindacabili, si configuri come giudizio deliberativo di ragionevolezza. Il licenziamento risulterà ingiustificato quando le scelte dell'imprenditore si discostino fortemente dal criterio di opportunità gestionale del buon imprenditore, ad esempio in caso di mancata sperimentazione della possibilità di evitare il licenziamento mediante l'attribuzione di mansioni diverse al lavoratore.

Quindi, mentre la teoria della funzionalizzazione propone un controllo di merito finalizzato a verificare se il potere di licenziamento sia stato esercitato in maniera conforme all'utilità sociale, al punto da attribuire al giudice un ruolo attivo nell'affermazione di interessi costituzionalmente rilevanti, la teoria da ultimo esposta si fonda su un giudizio deliberativo che, pur scendendo nel merito delle decisioni datoriali, si limiti ad una valutazione di ragionevolezza della concreta scelta datoriale, mediante il criterio di opportunità del buon imprenditore, senza la pretesa di orientare le politiche imprenditoriali verso finalità occupazionali.

Una terza opzione interpretativa fu, infine, prospettata da quella parte della dottrina che, prendendo ancor più le distanze dalla c.d. funzionalizzazione dell'impresa, propose una valutazione dell'atto di licenziamento sulla base di regole tecniche e di massime di esperienza attinenti alla buona gestione dell'impresa. I motivi connessi all'attività produttiva, quali quelli previsti dall'art. 3 della l. n. 604/1966, costituiscono un limite esterno al potere di licenziamento, che non può essere esercitato se non quando giustificato dalla corretta applicazione delle regole tecniche

di programmazione, produzione e organizzazione del lavoro⁸⁷. Il concetto di interesse dell'impresa introdotto dalla disposizione in rassegna, quindi, non coincide né con le esigenze individuali e contingenti dell'imprenditore, né con un "mitico" interesse superiore dell'impresa, dovendosi piuttosto individuarsi nelle "*esigenze proprie di un ordinato svolgimento dell'attività produttiva rilevabile alla stregua di regole di esperienza*"⁸⁸. Sarà proprio in ragione di queste regole tecniche di esperienza di produzione e di buona organizzazione che il giudice dovrà valutare la fondatezza del licenziamento. Questi, in particolare, non potrà limitarsi ad accertare la verità dei fatti addotti dal datore di lavoro e l'esistenza di un nesso causale tra questi e l'atto di recesso, ma dovrà spingersi a verificare se, a partire da un'insindacabile scelta aziendale di natura organizzativa o di mercato, il licenziamento sia necessario ed inevitabile, una volta vagliata la praticabilità di forme di riallocazione delle risorse umane mediante attribuzione di nuove mansioni, eventualmente attraverso una specifica riqualificazione del lavoratore⁸⁹. Quindi, mentre le scelte organizzative, di ristrutturazione dell'impresa, di rinnovazione tecnica, che costituiscono la premessa del licenziamento, non sono in linea di principio suscettibili di un sindacato di merito, tale da indirizzarle secondo un criterio di mantenimento dell'occupazione, le connesse e consequenziali decisioni sulla riduzione del personale costituiscono oggetto di un controllo giudiziale di adeguatezza gestionale, con riguardo alle comuni regole tecniche e alle massime di esperienza sul buon andamento dell'impresa⁹⁰.

A partire da questa breve rassegna dottrinale, è possibile evidenziare come, dietro l'unitaria configurazione di un controllo sindacale di *merito* sulle ragioni del licenziamento, si nascondano percorsi interpretativi differenti e tali da sottendere una diversa concezione del ruolo del giudice del lavoro. Il concetto indeterminato di giustificato motivo oggettivo rinvia, infatti, a concetti a loro volta aperti: le esigenze

⁸⁷ M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, diretto da L. RIVA SEVERINO e G. MAZZONI, Cedam, Padova, 1971, p. 687.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ G. GIUGNI, *Intervento*, in *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, cit., p. 102.

⁹⁰ La distinzione tra scelta organizzativa e scelte consequenziali è stata criticata da Trioni, secondo il quale questo sistema non sarebbe idoneo ad impedire abusi. Infatti, è ben possibile che il datore di lavoro faccia una scelta organizzativa in funzione di un certo licenziamento, al fine di creare la giustificazione di quell'atto di recesso. Il controllo di merito, per essere realmente efficace, dovrà quindi riguardare sia la premessa organizzativa che la conseguente decisione di riduzione del personale. Cfr. G. TRIONI, *Intervento*, cit.

tecniche della produzione, il concetto di buon imprenditore, l'utilità sociale, rappresentano criteri ermeneutici differenti, in un crescendo di discrezionalità valutativa del giudice.

3.2 *L'iniziativa economica privata come insindacabilità dei motivi di licenziamento*

Sul versante diametralmente opposto alla teoria dell'utilità sociale, si pone quella parte della dottrina che, a partire dalla garanzia costituzionale della libertà di iniziativa economica, ricava la necessità di determinare un limite al sindacato giudiziale, onde evitare che il giudice si sostituisca all'imprenditore nella determinazione dell'interesse dell'impresa.

Il punto di partenza di questa ricostruzione è rappresentato dall'individuazione delle scelte imprenditoriali non suscettibili di sindacato. La libertà di iniziativa economica si esplica in tre direzioni: il *se* dell'iniziativa, il *quanto* e il *come* dell'impresa⁹¹.

Il *se* dell'iniziativa economica, consiste nell'assoluta libertà del soggetto, sulla base di scelte egoistiche ed insindacabili, di dar vita all'impresa oppure di porvi fine⁹². Il *quanto* fa riferimento alla dimensione dell'impresa e alla libertà dell'imprenditore, nel corso dello svolgimento dell'attività economica, di estendere o contrarre la produzione, incidendo sui diversi fattori produttivi. Infine, il *come* dell'impresa garantisce al soggetto di orientarsi liberamente sul tipo di produzione da sostenere e di scegliere in tutta indipendenza tra i diversi processi tecnico-produttivi utilizzabili. Sul piano della disciplina dei licenziamenti, la libertà di iniziativa economica rappresenta il limite oltre il quale non ci si può spingere per tutelare l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto, in quanto, come icasticamente espresso da Pera, esiste “*un campo trincerato nel quale dominano sovrane, per il se, per il quanto e per il come, le scelte del soggetto e queste scelte debbono essere prese*

⁹¹ La seguente ricostruzione è stata avanzata da G. PERA nella relazione introduttiva alle giornate di studio sul tema <<I licenziamenti dell'interesse dell'impresa>>. Cfr. *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, cit., pp. 16-17.

⁹² L'insindacabilità è esemplificata da G. PERA mediante casi di scuola: la decisione di porre fine all'impresa potrebbe derivare dalla valutazione dell'imprenditore di aver guadagnato abbastanza per poter vivere di rendita oppure da una improvvisa scelta religiosa, tanto prorompente da indurlo a chiudere con il mondo degli affari. L'esemplificazione chiarisce come, dal punto di vista teorico, l'interesse dell'imprenditore alla soppressione dell'impresa – o di alcuni rami della produzione – non solo non sia soggetto ad alcuna operazione di bilanciamento rispetto ad altri interessi ma, addirittura, possa trovare il proprio fondamento in ragioni non necessariamente connesse all'andamento economico della produzione.

come un dato insindacabile”⁹³. Tutte le decisioni dell’imprenditore, che risultino rapportabili al se, al come e al quanto dell’impresa, rappresentano un ambito invalicabile e, di conseguenza, non possono essere oggetto, in sede giudiziale, di quell’equo contemperamento tra interessi diversi, propugnato sia dalla tesi della funzionalizzazione dell’impresa che da quelle che individuano nel rapporto di lavoro un interesse obiettivo *super partes*. D’altra parte, l’individuazione del punto di equilibrio tra il potere di licenziamento e l’interesse alla conservazione del posto di lavoro è avvenuto, sul piano legislativo, mediante l’art. 3 della l. n. 604/1966, il quale ha individuato nelle “ragioni inerenti all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa” il limite oltre il quale l’interesse del lavoratore non assume alcuna rilevanza. Di conseguenza, il giudice dovrà verificare esclusivamente l’effettività delle ragioni economiche addotte dal datore di lavoro e la sussistenza di un preciso *nesso causale* tra il fatto e l’atto di licenziamento, senza spingersi a sindacare le scelte originarie. Il licenziamento risulterà ingiustificato nel caso in cui la motivazione addotta sia falsa o pretestuosa, oppure laddove emerga un motivo illecito determinante.

La ricostruzione in esame rifugge la contrapposizione formale giudizio di legittimità - giudizio di merito, ritenendo peraltro dubbia la possibilità di trasporre meccanicamente, nell’ambito che qui interessa, concetti elaborati in contesti diversi. Tuttavia, volendo utilizzare queste categorie concettuali, si sarebbe in presenza di un sindacato di merito avente ad oggetto il rapporto di necessità o di opportunità tra le scelte originarie, in sé insindacabili, e le conseguenti decisioni attuative, salvo che nel complesso non risulti l’elusione, la frode o l’intento persecutorio nei confronti del lavoratore⁹⁴.

⁹³ G. PERA, *Intervento*, in *I licenziamenti nell’interesse dell’impresa*, cit., p. 17.

⁹⁴ G. PERA, *Intervento*, cit., p. 42. L’oscillazione terminologica tra *opportunità* e *necessità* del licenziamento, venne criticata da Minervini, il quale evidenziò la rilevante differenza intercorrente tra le due formule e la necessità di effettuare una precisazione. Secondo l’autore, si dovrebbe parlare di opportunità di non scarso rilievo, secondo la formula privatistica, essendo difficile dimostrare, in campo economico, la necessità di una determinata scelta. La risposta di Pera non si fece attendere: nella replica conclusiva al convegno, infatti, egli evidenziò come l’espressione utilizzata, lungi dal sottendere una incertezza interpretativa, aveva una finalità di completezza espositiva, volendosi ricomprendere sia i casi di necessità che quelli di seria opportunità. Appare evidente come l’opportunità assorba la necessità e consenta di ergerla a criterio minimo di giustificazione del licenziamento.

A conclusione di questa breve rassegna dottrinale, è possibile evidenziare come l'individuazione dei confini di giustificatezza del licenziamento per motivi economici ponesse due ordini di problemi: da una parte si intendeva evitare un controllo meramente formalistico sull'atto di licenziamento, tale da sacrificare, sull'altare dell'insindacabilità delle scelte datoriali, la tutela del lavoratore; dall'altra, il timore di un'ingerenza giudiziale nelle scelte imprenditoriali, indirizzava gli sforzi interpretativi verso l'individuazione di un limite, un punto fermo oltre il quale il sindacato sull'atto di licenziamento non poteva spingersi, se non interpretando la legge in modo non corretto sotto il profilo costituzionale.

Alla luce di un quadro dottrinale così polarizzato, è utile interrogarsi su quale sia stata la posizione assunta dalla giurisprudenza nell'individuazione dell'oggetto del controllo giudiziale e dei criteri lungo il quale condurlo. L'analisi consentirà non solo di verificare quale riflessi tali dottrine abbiano prodotto nella determinazione degli orientamenti giurisprudenziali, ma anche di rilevare quale sia stata, nella materia trattata, la dialettica tra metodo sistematico e problematico.

4. I successivi sviluppi dottrinali sulle ragioni economiche di licenziamento

La dialettica dottrinale, all'epoca dell'emanazione della l. n. 604/1966, aveva rispecchiato il carattere duale della problematica, sorreggendosi su due prospettive divergenti e polarizzate⁹⁵, l'una orientata verso un controllo di merito sul rispetto dei principi costituzionali di tutela del lavoro e di utilità, l'altra costruita intorno all'idea dell'insindacabilità delle scelte egoistiche dell'imprenditore, di convenienza e di profitto, di per sé non controllabili. La radicale divergenza delle due opzioni interpretative, sottendeva una diversa concezione della razionalità economica dell'imprenditore: da una parte, una razionalità economica imperfetta e limitata, tale da poter essere completata mediante i valori fondamentali dell'ordinamento,

⁹⁵ Si tratta di una semplificazione a fini espositivi in quanto, come si è cercato di tratteggiare, all'interno dei due orientamenti dottrinali si intrecciano ricostruzioni differenti, soprattutto sotto il profilo dei criteri del controllo giudiziale.

dall'altra la razionalità perfetta e ferrea del *'homo oeconomicus*, le cui scelte appaiono guidate da un ineccepibile agire utilitaristico⁹⁶.

Il successivo dibattito dottrinale sui limiti al controllo giudiziale di licenziamento se, da una parte, è proseguito lungo i percorsi già battuti, mediante un approfondimento della teoria dogmatica fondata sull'insindacabilità della libertà di iniziativa economica e della teoria dell'utilità sociale, dall'altra ha aperto l'inedito scenario della teoria del *firing cost*.

4.1 La critica dogmatica

In linea di continuità rispetto agli orientamenti emersi nel Convegno Aidlass, risulta utile richiamare la prospettiva dogmatica proposta da Persiani nel saggio *“Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico”*. L'autore intende evidenziare come “l'autorità del punto di vista giuridico” sia offuscata da ragionamenti giuridici intrisi di degradanti pretese di politicizzazione della giustizia e fortemente influenzati dalle emozioni suscitate dal caso concreto, dalle ideologie e dalle aspettative sociali che il giudice ritiene di dover soddisfare. Il giudice, trovandosi di fronte all'uomo in carne ed ossa, ed in presenza di una vicenda particolarmente delicata per il futuro lavorativo dello stesso, utilizza spesso, anche inconsapevolmente, delle ragioni estranee al ragionamento giuridico, le quali possono spingersi fino alla vera e propria compassione sociale⁹⁷.

Persiani intende, innanzitutto, mettere in discussione il prevalente orientamento ideologico dei giuslavoristi secondo i quali, in sede interpretativa, gli interessi coinvolti dal diritto del lavoro devono essere valutati alla luce del “conflitto di classe”, attribuendo particolare riguardo agli interessi dei lavoratori e all'esigenza di tutela determinata dalla loro posizione economica e sociale⁹⁸. Questo orientamento ideologico, indirizzato a tutelare in via prevalente ed, in alcuni casi addirittura esclusiva, l'interesse del lavoratore, si traduce in una debolezza di statuto scientifico, in quanto non permette di prendere in considerazione tutti i punti di vista caratterizzanti una società pluralistica e capitalistica. Infatti, sebbene la principale

⁹⁶ A. PERULLI, *Il licenziamento per motivi economici: spunti comparati e prospettive di riforma*, cit., pp. 57-58.

⁹⁷ L. DE ANGELIS, « *Licenziamento per motivi economici e controllo giudiziario* », in *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro*, cit., p. 28.

⁹⁸ M. PERSIANI, « *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico* », in *ADL*, 2000, p. 11.

funzione del diritto del lavoro sia quella di ristabilire, sul piano formale, una parità inesistente nella realtà sociale, questa non esaurisce interamente gli obiettivi perseguiti dalla normativa lavoristica, in quanto anche quest'ultima si situa in un ordinamento costituzionale caratterizzato dal pluralismo economico e sociale e deve, necessariamente, tener conto della complessità degli interessi coinvolti. I principi costituzionali, infatti, non rappresentano soltanto presupposti fondamentali dell'ordinamento, ma anche uno specifico vincolo in sede di interpretazione delle disposizioni di legge ordinaria.

Guardando alla Costituzione, l'autore evidenzia come, oltre al diritto al lavoro, trovino espressione anche altri valori quali la libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) e la tutela del lavoro, anche non subordinato (art. 35 Cost.). Il riconoscimento costituzionale della libertà di iniziativa economica si traduce nell'accettazione di un sistema di economia di mercato, nel quale l'impresa è un valore diretto alla realizzazione dei valori della persona. Il diritto al lavoro è un "valore della persona, al quale corrispondono diritti inviolabili dell'uomo", mentre la libertà di iniziativa economica privata è un valore "cosale". Tra i due non esiste, tuttavia, un'antinomia, in quanto l'impresa, per rispondere all'attesa sociale di creare e garantire l'occupazione, deve produrre ricchezza, perseguendo obiettivi di efficienza e di produttività. Alla luce dei principi costituzionali, non si può che evidenziare la coesistenza dei suddetti valori, i quali si pongono in relazione di circolarità e di implicazione reciproca.

L'esigenza di un temperamento tra "razionalità capitalistica" e "valori soggettivi del fattore lavoro" trova espressione anche in alcune disposizioni di legge, tra cui quelle relative al licenziamento per motivi economici. La legge, infatti, consentendo il licenziamento per "ragioni inerenti alla attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa" (art. 3, l. n. 604 del 1966), dimostra di voler assoggettare le ragioni del lavoratore alla conservazione del posto all'interesse dell'impresa. Lo stesso dicasi per la fattispecie di licenziamento collettivo, rispetto alla quale assume prevalenza l'interesse dell'impresa a superare la crisi. Lo spirito attuale del diritto del lavoro, risulta, in conclusione, caratterizzato da un temperamento del valore del lavoro e di quello dell'impresa.

Un'operazione interpretativa che, anziché ricercare il corretto bilanciamento tra gli interessi coinvolti, risolva il contrasto eliminando uno dei due termini di conflitto (segnatamente l'interesse dell'impresa), risulta svolta alla stregua di convinzioni o aspirazioni politiche del giudice decidente, con conseguente svilimento dell'"autorità del punto di vista giuridico".

4.2 Configurazione del controllo giudiziario secondo la critica pragmatica

L'analisi economica del diritto si propone, a partire da un calcolo fondato sui benefici e i costi sociali connessi alle leggi in materia di impiego, di ricercare l'impatto economico che la disciplina positiva produce sulla disoccupazione, sull'esclusione dal mondo del lavoro e sulla precarietà al fine di individuare le possibili linee di riforma suscettibili di favorire l'impiego.

La critica pragmatica trova collocazione in questo contesto in quanto, nonostante il ruolo del giudice non costituisca l'asse centrale delle ricerche di analisi economica del diritto, esso rappresenta un profilo particolarmente rilevante. La critica è detta "pragmatica" poiché guarda agli effetti micro e macro economici generati dalle disposizioni relative ai licenziamenti, evidenziando l'impatto negativo che il controllo giudiziario sui licenziamenti economici è in grado di produrre sul mercato del lavoro. Nell'analizzare la teoria del *firing cost*, si farà in questa sede riferimento all'elaborazione dottrinale antecedente la l. n. 92/2012, in modo da poterne ricostruire gli snodi fondamentali. Questo ci consentirà, in un secondo momento, di verificare come sia stata accolta ed interpretata la recente riforma da parte dei sostenitori dell'analisi economica del diritto.

Con riferimento ai costi derivanti dal regime di stabilità assicurato, prima della Riforma Fornero, a nove milioni di dipendenti da amministrazioni pubbliche o aziende medio-grandi, veniva innanzitutto in rilievo la contrapposizione tra i vantaggi di cui godono gli *insiders* e gli svantaggi simmetricamente derivanti per gli *outsiders*⁹⁹. Infatti, se da una parte le stringenti limitazioni poste alla facoltà di recesso del datore di lavoro sono tali da comportare un generale effetto depressivo sui livelli occupazionali, dall'altra un regime di eccessiva tutela della stabilità del posto di lavoro è tale da ridurre il *turn over* nel mercato del lavoro tra *insiders* ed

⁹⁹ P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, 1996, pp. 81-82.

outsiders, con evidenti difficoltà per questi ultimi di aver accesso al lavoro regolare. Di conseguenza, la disciplina limitativa dei licenziamenti, così come configurata prima della l. n. 92/2012, si presentava non soltanto diseconomica ma anche anti-sociale, producendo un effetto negativo sui livelli occupazionali e contribuendo a creare una dualità nel mercato del lavoro, tra *insiders* garantiti e *outsiders* privi di tutela. Un secondo costo derivante da un'eccessiva valorizzazione della stabilità del posto di lavoro coinvolgerebbe, invece, gli utenti dei servizi prodotti dalle imprese in quanto il regime di stabilità sarebbe tale da rendere difficile, se non impossibile, la sostituzione del lavoratore meno efficiente, con conseguente sacrificio per consumatori ed utenti. Questa "diseconomia esterna" avrebbe, oltretutto, un'ulteriore ricaduta in termini di rapporto qualità/prezzo dei beni o servizi prodotti. Il regime di limitazione dei licenziamenti, oltre a determinare costi per le imprese, gli *outsiders* e gli utenti, sarebbe tale da produrre costi rilevanti anche per gli *insiders*. Innanzitutto, il premio assicurativo che il lavoratore paga al fine di trasferire il rischio a carico dell'imprenditore, si traduce in una riduzione complessiva dei livelli retributivi. In altre parole, il datore di lavoro sarebbe disposto a pagare una retribuzione più elevata in presenza di un rapporto di lavoro caratterizzato da una libera facoltà di recesso in presenza di ragioni economiche. Il secondo costo, è rappresentato dal rischio di disoccupazione: nell'ipotesi in cui, nonostante il sistema limitativo dei licenziamenti, il lavoratore dovesse perdere il proprio posto di lavoro, il generale regime di stabilità gli si ritorcerebbe contro, rendendo più lungo il periodo di disoccupazione e più difficoltoso il reingresso nel mercato del lavoro. A ciò si aggiungerebbe lo stigma sociale di essere stato licenziato, nonostante il sistema di protezione approntato dall'ordinamento. A questi limiti di politica del diritto, si aggiunge la critica relativa al regime di aleatorietà del controllo giudiziale sui licenziamenti nel settore privato derivante non solo da atteggiamenti "di garantismo o pietismo del giudice nei confronti del lavoratore licenziato (che) finiscono talvolta col sacrificare in modo eccessivo non soltanto le esigenze economiche dell'azienda e gli interessi degli *outsiders* e degli utenti, ma anche gli interessi della generalità degli altri dipendenti, privilegiando i lavoratori meno disposti a (o capaci di) adattarsi alle esigenze di flessibilità dell'impresa moderna", ma anche dal fenomeno per cui, ragioni di licenziamento "evidentissime per chi viva quotidianamente, diventino impalpabili ed

evanescenti nell'aula giudiziale, negli atti del processo"¹⁰⁰. Al fine di superare la "roulette russa del licenziamento" appare necessario che l'ordinamento, pur riconoscendo nella stabilità del posto di lavoro un valore da tutelarsi, non giunga ad attribuirvi un valore assoluto, tale da sottrarlo a qualsiasi possibile transazione.

La proposta avanzata da questa parte della dottrina, guarda ad un superamento del controllo del giudice, considerato "aleatorio, economicamente ingiustificato, irrazionale"¹⁰¹, attraverso l'introduzione di sistemi di monetizzazione del licenziamento che permettano una definizione preventiva dei costi dei licenziamenti. Il potere del giudice residuerebbe solo nelle ipotesi estreme di licenziamento discriminatorio.

Appare utile analizzare la posizione assunta dall'autore che, all'interno del panorama dottrinale, si pone come principale fautore dell'analisi economica del diritto¹⁰². Innanzitutto, egli intende giustificare l'applicazione delle conoscenze economiche al diritto, evidenziando come "certo, l'utilizzazione dei modelli economici comporta necessariamente che in essi il lavoro sia considerato anche come oggetto di scambio, quindi come una merce, cui corrisponde un prezzo; ma questo non deve spaventare il giuslavorista: si tratta soltanto di un aspetto del fenomeno, che pure deve essere studiato e capito se non si vogliono chiudere gli occhi su di una parte relevantissima della realtà e non ci si vuol precludere di intervenire efficacemente su di essa. In altre parole, capire il lavoro come merce, ovvero studiare i meccanismi del mercato, è indispensabile per poter fare sì che il lavoro non sia soltanto una merce, per difendere la persona di cui esso è espressione dal pericolo a cui il mercato può esporla, là dove un pericolo effettivamente esiste, ma farlo in modo efficace ed evitando o riducendo al minimo gli effetti secondari non desiderabili dell'intervento. [...] Nessun duello mortale, dunque, fra diritto ed economia, ma, al contrario, un contributo essenziale che dall'economia può venire (sia nel momento della creazione della norma, sia in quello della sua interpretazione) al rafforzamento del diritto, cioè della sua capacità di produrre effettivamente un

¹⁰⁰ P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, cit., p. 88.

¹⁰¹ O. BLANCHARD, J. TIROLE, « *Protection de l'emploi et procédures de licenciement* », in *La Documentation française*, 2003.

¹⁰² P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, cit.; vedi anche C. OGRISEG, *Rischio economico e modelli di protezione del lavoro*, Giuffrè, 2007.

essere economico corrispondente al dover essere posta dalle norma”¹⁰³. Per quanto riguarda i licenziamenti per motivi economici, l'autore evidenzia come in tutti i licenziamenti, ad eccezione di quelli disciplinari e discriminatori, esiste sempre un motivo inerente all'organizzazione produttiva. Il fatto che l'impresa sia in attivo oppure in perdita è, di per sé, irrilevante in relazione alla valutazione della fondatezza del licenziamento per motivi economici. Infatti, a prescindere dall'andamento dell'impresa, la prosecuzione del singolo rapporto di lavoro si presenterebbe come una perdita, intesa sia come mancato aumento di profitto che come vera e propria perdita d'esercizio. Attendere che il bilancio societario sia in stato prefallimentare per poter ritenersi esistenti i motivi economici lamentati dal datore di lavoro a sostegno del licenziamento, apparirebbe irragionevole e fonte di una gravissima debolezza dell'intero sistema economico nazionale.

La proposta avanzata nell'ambito della critica pragmatica, consiste nel neutralizzare il controllo giudiziario sui motivi di licenziamento, ad eccezione del licenziamento discriminatorio e fraudolento, sostituendolo con un “filtro automatico” attraverso cui definire il licenziamento in termini quantitativi, in una logica di monetizzazione (o tassazione) del potere di recesso. Per comprendere la teoria del *firing cost*, è necessario prendere le mosse dalla ricostruzione del concetto di giustificato motivo oggettivo di licenziamento così come delineato in termini di analisi economica del diritto. Il valore atteso da un rapporto di lavoro può essere in attivo, in pareggio o in perdita, a seconda che la produttività del lavoratore (P) sia superiore, pari o inferiore al suo costo per l'impresa (C)¹⁰⁴. Poiché l'ordinamento attribuisce al contratto di lavoro una funzione assicurativa, l'imprenditore sarà tenuto a sopportare uno sbilancio tra costo ed produttività della prestazione del lavoratore, facendosi carico del costo sociale derivante da un eventuale licenziamento. Tuttavia, il premio assicurativo riconosciuto al lavoratore non può essere illimitato, in quanto la tutela della stabilità non può costituire un valore assoluto, dovendosi temperare con altri interessi. Per definire l'entità della perdita, prevedibilmente derivante dalla prosecuzione del rapporto di lavoro, superata la quale appare giustificato il ricorso al licenziamento, appare utile prendere in considerazione l'ipotesi in cui un imprenditore, per sopprimere un posto di lavoro, sia disposto a versare al lavoratore

¹⁰³ P. ICHINO, *Economia e diritto del lavoro*, in *RIDL*, 2001, p. 165 ss.

¹⁰⁴ P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, 1996, p. 91.

licenziato un'indennità corrispondente a dodici, quindici o più mensilità (E). La disponibilità a versare tale "incentivo all'esodo" rappresenterebbe la prova del fatto che, nelle aspettative dell'imprenditore, la prosecuzione del rapporto di lavoro, oltre a non comportare alcun vantaggio a breve o medio termine per l'impresa, sarebbe tale da determinare una perdita prevedibile pari alla somma che egli è disposto a pagare al lavoratore per porre fine al contratto di lavoro. Esprimendo questo ragionamento in linguaggio matematico, si ricaverebbe la legittimità del licenziamento per ragioni economiche ogni volta che $C - P \geq E$. I vantaggi conseguenti all'applicazione di questo filtro automatico sarebbero da individuarsi sia nella neutralizzazione del controllo giudiziario sulle ragioni economiche di licenziamento, sia nell'attribuzione della valutazione circa la convenienza economica della prosecuzione del rapporto di lavoro in capo all'imprenditore, vale a dire quel soggetto che meglio di chiunque altri può effettuare questa valutazioni prognostica. Al giudice residuerebbe, in tal modo, solo l'area del controllo relativo al licenziamento per motivo illecito. La mancata previsione legislativa del *firing cost*, almeno, come vedremo, fino alla l. n. 92/2012, ha condotto la dottrina in esame ad individuare i criteri sulla base dei quali calcolare l'entità minima dell'interesse economico dell'imprenditore tale da giustificare il licenziamento. Vengono in rilievo, in tal senso, l'ultima retribuzione mensile del lavoratore, il tempo medio di attesa di una nuova occupazione, la riduzione del livello retributivo come conseguenza dell'indebolimento della posizione del lavoratore nel mercato del lavoro, l'anzianità di servizio. Per far fronte al sacrificio di natura psicologica, affettiva e di immagine derivante dall'estromissione dall'ambiente di lavoro, si prospetta, infine, la possibilità per il lavoratore di scegliere tra l'interruzione immediata del rapporto di lavoro (con immediata percepibilità dell'intero indennizzo), e la permanenza in azienda per il periodo necessario a trovare una nuova occupazione (fino al termine massimo rappresentato dalla corresponsione della normale retribuzione periodica corrispondente all'entità dell'indennizzo stesso)¹⁰⁵.

¹⁰⁵ P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, 1996, p. 100.

4.3. La giustificazione del controllo del giudice: la critica metodologica

A fronte di tesi favorevoli ad una rimessa in causa del controllo del giudice sui licenziamenti economici, una parte della dottrina propone, attraverso l'impiego di argomenti razionali, di difendere questa categoria di diritto positivo.

La riflessione prende le mosse dal dettato costituzionale il quale, nel sancire il diritto al lavoro (art. 4, c. 1 Cost.) e la libertà di iniziativa economica (art. 41, c. 1 Cost.), non fornisce un criterio di bilanciamento predefinito, rinviando al legislatore ordinario l'individuazione del grado di tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto, rispetto alle garanzie riconosciute all'imprenditore dall'art. 41, c. 1 Cost., consistenti nella libertà di svolgere un'attività economica, di accedere ad un determinato mercato e di compiere le scelte più opportune circa i mezzi idonei al suo svolgimento. Dal carattere immediatamente precettivo della libertà di iniziativa economica, si ricavano i limiti che a questa possono essere posti in sede legislativa in virtù del bilanciamento con i diritti economici costituzionalmente garantiti al lavoratore dalla Costituzione (artt. 4, 38 Cost.). Trattandosi di un tipico diritto di libertà, il cui esercizio si sostanzia in atti non semplicemente discrezionali, bensì liberi, non potranno essere apposti limiti interni, tali cioè da funzionalizzare l'iniziativa economica privata al perseguimento di fini imposti dall'ordinamento¹⁰⁶, quali la massima occupazione o un supposto interesse oggettivo dell'impresa. L'imposizione di limiti interni alla libertà di iniziativa economica determinerebbe, in sede giudiziale, un controllo di razionalità, vale a dire uno scrutinio particolarmente invasivo delle scelte tecniche-organizzative spettanti all'imprenditore. Il giudice sarebbe infatti tenuto, alla luce delle diverse soluzioni tecnico-organizzative astrattamente prospettabili nel caso concreto, a selezionare la condotta maggiormente conforme al perseguimento di obiettivi imposti dall'esterno quali, ad esempio, il minor impatto occupazionale delle proprie strategie. Tra i modelli di bilanciamento astrattamente prospettabili in sede di legislazione ordinaria, appare possibile escludere l'imposizione di limiti interni alla libertà di iniziativa economica ed il controllo di "razionalità" sulle scelte tecnico-organizzative che ne conseguirebbe sul piano giudiziario. Al contrario, risultano ammissibili limiti esterni alla libertà di iniziativa economica i quali, lungi dal definire gli scopi verso cui l'esercizio del

¹⁰⁶ S. BRUN, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, Cedam, 2012, p. 75.

potere imprenditoriale deve tendere, si limitano ad individuare le *condizioni* che legittimano l'esercizio di un potere completamente libero nei fini. Il primo limite esterno di natura costituzionale posto alla libertà di iniziativa economica e, per quanto qui interessa, alla libertà di licenziamento, è rappresentato dal principio di necessaria giustificazione nell'esercizio datoriale del potere di recesso (art. 4 Cost.). In qualsiasi ordinamento caratterizzato da tale principio si impone, in sede giudiziaria, un controllo di ragionevolezza sociale sull'atto di licenziamento. E' possibile individuare due modelli di limitazione del potere di licenziamento, in funzione del principio di necessaria giustificazione e, di conseguenza, due diversi modelli di controllo giudiziale. Una prima soluzione, consiste nell'adozione di un modello di limitazione minima del potere di licenziamento, tale da imporre una giustificazione che coinvolga solo le ragioni tecniche, organizzative e produttive poste a fondamento dell'atto di recesso. Dall'adozione di tale modello deriva un controllo giudiziale di ragionevolezza sociale "in senso debole", avente ad oggetto esclusivamente la reale sussistenza della ragione economica addotta e alcune caratteristiche intrinseche alla stessa e tali da confermarne l'effettività (come il carattere duraturo e non meramente contingente). Secondo una diversa soluzione, il controllo circa il rispetto del principio di necessaria giustificazione del licenziamento dovrà essere verificato prendendo in considerazione, oltre all'effettività della ragione economica addotta, anche la situazione economica e di mercato in cui la scelta imprenditoriale si colloca. Risulta evidente come il controllo di ragionevolezza, in entrambe le sue varianti, presenti, accanto a profili meramente ricognitivi, anche risvolti valutativi. Quanto al controllo di ragionevolezza in senso debole, il giudice dovrà infatti verificare, non soltanto l'effettività e la natura non meramente contingente della ragione economica addotta, quanto la sussistenza di un nesso causale tra questa e l'atto di recesso. In sede di controllo di ragionevolezza in senso forte, l'autorità giudiziaria dovrà prendere in considerazione, oltre alla ragione economica addotta, anche gli obiettivi e gli scopi che l'impresa intende perseguire mediante il licenziamento. Trattandosi di un obiettivo interno alla psiche dell'imprenditore, appare evidente come non possa trattarsi di un controllo empirico quanto, piuttosto, di un controllo di adeguatezza tra il mezzo utilizzato e lo scopo perseguito. Entrambi i modelli di controllo qui richiamati "non consegnano al

giudice un sindacato realmente invasivo: infatti, essi implicano un vaglio di ragionevolezza, e non di razionalità, delle scelte d'impresa"¹⁰⁷. Posta la compatibilità costituzionale di entrambi i modelli, appare necessario guardare alla legislazione ordinaria al fine di verificare quale modello sia stato in concreto adottato in tale sede. Secondo una prima ricostruzione, il controllo giudiziale circa il corretto esercizio del potere di licenziamento si articola in tre fasi: una verifica di adeguatezza tra mezzo prescelto e scopo da realizzare, un controllo di necessità finalizzato a verificare l'indispensabilità e l'infungibilità del mezzo prescelto, un controllo di proporzionalità e di ponderazione tra beni, valori e interessi coinvolti nella scelta¹⁰⁸. Tralasciando per il momento il controllo di proporzionalità, appare utile esaminare le prime due fasi di controllo. Con riferimento alla verifica di adeguatezza, la dottrina in esame fa riferimento ad un controllo giudiziale che, oltre a verificare la sussistenza della scelta organizzativa e del nesso di causalità, accerti anche la natura seria e tecnicamente corretta della ragione economica addotta¹⁰⁹. Il secondo grado di scrutinio, relativo al controllo di necessità, sarebbe tale da orientare il giudice verso l'accertamento dell'esistenza di una "seria ragione di utile gestione dell'impresa" o "un'effettiva necessità di riduzione di costi e non una finalità di mero accrescimento dei profitti"¹¹⁰; nello stesso solco, si collocherebbe anche il controllo relativo all'impossibilità di ricollocare *aliunde* il lavoratore. Secondo questa teoria, il legislatore ordinario avrebbe dunque optato per il modello di controllo di ragionevolezza sociale in senso forte. Appare, tuttavia, maggiormente convincente l'opposta tesi dottrinale, secondo la quale il bilanciamento tra esigenze dell'impresa ed interesse alla stabilità sarebbe stato individuato, in sede di legislazione ordinaria, nel controllo di ragionevolezza in senso debole. Viene, innanzitutto, in rilievo un argomento letterale: se il legislatore ordinario avesse voluto optare per un controllo di ragionevolezza sociale in senso forte, tale cioè da coinvolgere nella valutazione giudiziale anche le circostanze e gli scopi perseguiti con la modifica tecnico-organizzativa, avrebbe dovuto quanto meno far riferimento "agli aspetti del

¹⁰⁷ S. BRUN, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, Cedam, 2012.

¹⁰⁸ A. PERULLI, *Il licenziamento per motivi economici: spunti comparati e prospettive di riforma*, cit., p. 143.

¹⁰⁹ A. PERULLI, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2005, p. 25 e 29.

¹¹⁰ *Ibidem*.

procedimento decisionale del datore di lavoro e alle situazioni che lo hanno determinato e/o condizionato sottoponibili a controllo”¹¹¹. Al contrario, l’essenzialità della formula contenuta nell’art. 3, l. n. 604/1966, secondo la quale “il licenziamento per giustificato motivo oggettivo è determinato da ragioni inerenti all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa”, sembrerebbe fare riferimento a circostanze “obiettive”, certificabili e verificabili, rifuggendo considerazioni circa “l’opportunità sociale e/o economica delle scelte intraprese in quanto giudicabili sulla base degli scopi cui esse mirano e/o delle circostanze in cui maturano e/o delle caratteristiche che le connotano”¹¹². Un secondo argomento teso a negare rilevanza alla teoria del controllo di ragionevolezza sociale in senso forte, è rappresentato dalla circostanza secondo cui la tesi qui criticata, nel sostenere un controllo di proporzionalità e congruità nei termini prima richiamati, ne individui il fondamento nelle clausole generali di correttezza e di buona fede. La debolezza argomentativa del richiamo agli artt. 1175 e 1375 c.c. emerge laddove si consideri come a queste clausole generali non possa essere attribuita la funzione di determinare i presupposti di esercizio di prerogative datoriali quanto, piuttosto, quella di condizionarne il *quomodo*. In conclusione, il legislatore ordinario risulta aver optato per il controllo di ragionevolezza in “senso debole”, con la conseguenza che lo scrutinio giudiziario avrà ad oggetto l’effettività della modifica tecnico-organizzativo addotta, unitamente ai caratteri intrinseci di non prevedibilità, attualità e definitività che ne confermano la sussistenza, ed il nesso causale tra la ragione economica e il lavoratore in concreto licenziato, mentre non assumeranno rilevanza gli scopi perseguiti mediante l’atto di licenziamento. Rinviamo alla successiva analisi giurisprudenziale, non avrà rilievo, ai fini dell’accertamento circa la fondatezza di un licenziamento per motivi economici, la finalità di mero incremento dei profitti o riduzione dei costi. Questa soluzione, è bene sottolinearlo, non si ricava dalla Carta Costituzionale che, come evidenziato, ammette in astratto il controllo di ragionevolezza sociale sia in senso forte che in senso debole, risultando piuttosto dal concreto bilanciamento tra esigenze dell’impresa ed interesse alla conservazione del posto di lavoro individuata dal legislatore *ordinario*. A questo proposito, appare utile richiamare le previsioni in materia di licenziamento per

¹¹¹ S. BRUN, *Il licenziamento economico tra esigenze dell’impresa e interesse alla stabilità*, cit., p. 130

¹¹² *Ivi*, p. 132.

motivi economici previste nell'ordinamento francese le quali, nel definire i contorni della legittimità dell'atto di recesso, fanno riferimento ai concetti di “*cause immédiate*” e “*cause ultime*”, quest'ultima consistente in “*difficultés économiques*”. L'esempio ora richiamato mette in evidenza come, affinché risulti ammissibile un controllo su elementi aggiuntivi quali lo scopo cui la scelta organizzativa mira, sia necessario un approccio normativo di tipo “casistico”, del tutto estraneo alla formulazione dell'art. 3, l. n. 604/1966.

Nell'esaminare i modelli di sindacato giudiziario, abbiamo verificato come il controllo di ragionevolezza in senso stretto sia compatibile, sia nella sua versione “forte” che “debole”, con la Costituzione. In particolare, il fondamento di questo tipo di scrutinio giudiziale è stato individuato nel principio di necessaria giustificazione del licenziamento, riconosciuto a partire dall'invito formulato dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 45/1965 e, successivamente previsto, *expressis verbis*, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 30). Una volta effettuato il controllo di ragionevolezza in senso debole, si apre una seconda fase di scrutinio giudiziario, avente ad oggetto la proporzionalità in senso proprio dell'atto di recesso. Anche questo modello di controllo giudiziario risulta compatibile con il dettato costituzionale, trovando il proprio fondamento nel principio di *extrema ratio* del licenziamento, affermato dalla giurisprudenza costituzionale la quale, nell'individuare nell'art. 4, c. 1 Cost. la garanzia per il lavoratore di non subire un licenziamento ingiustificato, considera il principio di necessaria giustificazione sempre in funzione della stabilità¹¹³. Emblematica risulta, sotto questo profilo, la sentenza n. 45/1965, con la quale la Corte Costituzionale ha espresso l'esigenza che il legislatore assicuri “*a tutti la continuità del lavoro, e circonda di doverose garanzie e di opportuni temperamenti i casi in cui si renda necessario far luogo al licenziamento*”. Il bilanciamento tra gli artt. 4 e 41 Cost. risulta da individuarsi, quindi, nel principio di *extrema ratio*, alla luce del quale il diritto vivente ha interpretato l'art. 3 l. n. 604/1966, ricavandone l'obbligo di *repêchage*. Stabilita la compatibilità del controllo di proporzionalità in senso proprio, appare necessario individuarne i contenuti. Una volta accertata la sussistenza della ragione economica addotta e del nesso causale tra questa e la decisione di procedere ad un

¹¹³ L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i “principi” costituzionali*, cit., p. 14.

licenziamento, il controllo di proporzionalità consente al giudice di esplicitare un controllo sul “*quomodo* dell’adozione di una strategia tecnico-organizzativa liberamente intrapresa”¹¹⁴. Questo controllo consentirà al giudice, innanzitutto, di verificare se, tra più lavoratori potenzialmente destinatari dell’atto di recesso, sia stato individuato quello meno “debole” da un punto di vista sociale. A questo proposito, vengono in rilievo i criteri di scelta legislativamente previsti in materia di licenziamento collettivo ed applicati, in via analogica, dalla giurisprudenza ai licenziamenti individuali per ragioni economiche. Inoltre, sempre mediante il controllo di proporzionalità in senso stretto, sarà possibile verificare la possibilità di adibire il lavoratore ad altre mansioni alternative, purché utilmente collocabile nell’organizzazione aziendale. Risulta evidente la portata valutativa insita nel controllo di proporzionalità in quanto da una parte, la scelta di *chi* licenziare implica una opinabile selezione tra i criteri sociali applicabili (carichi di famiglia, anzianità,...), dall’altra la ricollocabilità *aliunde* del lavoratore sottende una valutazione circa la capacità del soggetto di rivestire il posto vacante¹¹⁵. Non si tratta, ad ogni modo, di un controllo giudiziario lesivo della libertà di iniziativa economica dell’imprenditore dato che quest’ultimo “potrà adottare le proprie scelte tecnico-organizzative selezionandole tra più alternative possibili, senza vincoli di risultato, per così dire (in ordine alla loro capacità di rispondere a parametri di razionalità o di basso impatto occupazionale); inoltre potrà farne derivare, sul piano della gestione del rapporto di lavoro, le conseguenze ritenute più opportune tra quelle in astratto possibili; in tale modo, il controllo di cui si discute non invade “frontalmente” il merito delle strategie aziendali”¹¹⁶.

Risulta senz’altro incompatibile rispetto alla Carta Costituzionale, un controllo giudiziario di proporzionalità diretta, da realizzarsi mediante la comparazione tra i benefici economico-organizzativi per l’impresa e i costi sociali per i lavoratori derivanti dalla scelta di licenziamento. Tale controllo si porrebbe in contrasto con il dettato costituzionale che, nello stabilire un rapporto di equiordinazione tra gli interessi coinvolti, rinvia al legislatore ordinario - e non all’interprete - l’individuazione del loro bilanciamento.

¹¹⁴ S. BRUN, *Il licenziamento economico tra esigenze dell’impresa e interesse alla stabilità*, cit., p. 29.

¹¹⁵ *Ivi*, p. 30.

¹¹⁶ S. BRUN, *Il licenziamento economico tra esigenze dell’impresa e interesse alla stabilità*, cit., p. 29.

A conclusione di questo *excursus* relativo alle diverse ricostruzioni in termini di controllo giudiziale sul licenziamento per motivi economici, è possibile formulare alcune considerazioni. Innanzitutto, ritenere che il sindacato giudiziale determini, sempre e comunque, una sostituzione del giudice nelle valutazioni economiche spettanti esclusivamente all'imprenditore, rappresenta una premessa opinabile quanto un'indebita ingerenza nella sfera decisionale del datore di lavoro si verifica solo nell'ipotesi in cui il giudice operi un controllo di razionalità sulle ragioni di licenziamento. Questo tipo di scrutinio si fonda su di una valutazione che, a partire dalla ragione economica addotta dall'impresa, si interroga su quale, tra le diverse soluzioni alternative, sarebbe risultata meno pesante dal punto di vista occupazionale o più razionale sotto il profilo dell'interesse oggettivo dell'impresa. Nel controllo di razionalità emergono, con tutta evidenza, dei profili valutativi tali da pregiudicare la libertà di iniziativa economica. Questo non significa, tuttavia, che non esistano altri percorsi argomentativi che, nell'affermare "l'esigenza di non disconoscere l'influsso dei valori ed, al contempo, di tenere questo influsso sotto controllo"¹¹⁷, consentano di sottoporre il licenziamento per motivi economici ad un controllo giudiziale che, mediante strumenti razionali, consenta di verificare il rispetto dei limiti *esterni* alla libertà di iniziativa economica, senza sconfinare in indebite ingerenze. In particolare, il modello di controllo qui proposto si compone di due fasi di scrutinio: in una prima fase, il giudice è tenuto ad effettuare un controllo di ragionevolezza in senso debole, il quale implica una verifica di compatibilità e di coerenza/congruenza delle scelte dell'impresa; successivamente, verificata la sussistenza di ragioni economiche che abbiano ragionevolmente determinato l'adozione di un atto di licenziamento, si proseguirà ad un controllo di proporzionalità in senso proprio, concernente il rispetto dei criteri di scelta tra i lavoratori e l'adempimento dell'obbligo di *repêchage*.

¹¹⁷ L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, cit., 2.

5. Il licenziamento per motivi economici nella giurisprudenza della Corte di Cassazione

Le linee direttrici emerse nel Convegno dell'Aidlass del 1968, trovarono ampio riscontro nella successiva elaborazione giurisprudenziale. La distinzione tra “decisione di massima determinante” e “licenziamenti in concreto disposti in esecuzione della stessa” ha rappresentato senza dubbio la chiave di lettura privilegiata dell’art. 3, l. n. 604/1966, al fine di conciliare la libertà di iniziativa, economica costituzionalmente riconosciuta dall’art. 41 Cost., con il principio di necessaria giustificazione del licenziamento. Infatti, delimitando l’analisi alla giurisprudenza più recente – dal 2000 al 2014 – è possibile rintracciare numerose sentenze che, quasi con una clausola di stile, affermano l’insindacabilità dell’originaria decisione organizzativa imprenditoriale.

*“Il motivo oggettivo di licenziamento determinato da ragioni inerenti all’attività produttiva deve essere valutato dal datore di lavoro, senza che il giudice possa sindacare la scelta dei criteri di gestione dell’impresa, poiché tale scelta è espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall’art. 41 Cost. Al giudice spetta invece il controllo della reale sussistenza del motivo addotto dall’imprenditore, attraverso un apprezzamento delle prove che è incensurabile in sede di legittimità se effettuato con motivazione coerente e completa”*¹¹⁸. Nel caso di specie, la scelta di riorganizzazione aziendale riguardava la soppressione dell’attività di vendita di tagli di tessuto, da cui era derivato il licenziamento dell’autista addetto alle consegne. Posta l’insindacabilità della decisione originaria, il giudice di merito aveva impostato la propria decisione sui due cardini dell’effettività e del nesso causale. In particolare, mentre l’effettiva dismissione del settore vendite risultava pacificamente dalle prove documentali, il nesso causale tra la scelta aziendale e l’atto di licenziamento era stato individuato nella circostanza per cui, il graduale abbandono del servizio, aveva ridotto l’attività di autista a due giorni la settimana, rendendo la prestazione lavorativa con tutta evidenza superflua, se non diseconomica.

¹¹⁸ Cass. 16 maggio 2003, n. 7717. L’affermazione è contenuta, con identità di formulazione, in numerose sentenze. V. Cass. 23 gennaio 2013, n. 24037; Cass. n. 11465 del 2012 e Cass. n. 17087 del 2012, Cass. 25 marzo 2011 n. 7006, Cass. 26 agosto 2011 n. 19616; Cass. 17 dicembre 2007, n. 26563; Cass. 4 novembre 2004, n. 21121; Cass. 11 aprile 2003, n. 5777; Cass. 15 aprile 2002, n. 5444.

L'affermazione dell'insindacabilità delle scelte organizzative, si rintraccia, in definizioni pressoché identiche e ripetitive, in numerose altre sentenze, al punto da poter essere tentati di scorgere, dietro l'uniformità dei *dicta*, una base concettuale e definitoria condivisa.

Dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione si ricava, innanzitutto, il perimetro entro cui può svolgersi il controllo giudiziale sulla ragione economica che ha determinato il licenziamento: l'indagine avrà ad oggetto l'effettività e la non pretestuosità del motivo di licenziamento, non potendo spingersi a sindacare la congruità o l'opportunità economica del medesimo. In tal senso depone l'affermazione, spesso richiamata nell'impianto motivazionale delle sentenze, secondo cui *“non è sindacabile nei suoi profili di congruità ed opportunità la scelta imprenditoriale che abbia comportato la soppressione del settore lavorativo o del reparto o del posto cui era addetto il dipendente licenziato, sempre che risulti l'effettività e la non pretestuosità del riassetto organizzativo operato”*¹¹⁹. L'effettività e la non pretestuosità della ragione economica richiamano il concetto di “reale sussistenza” elaborato dalla teoria dogmatica, alla quale l'orientamento giurisprudenziale in esame appare chiaramente ispirato. I concetti di congruità e di opportunità si collocano all'interno della “cittadella” dell'autonomia privata, mentre l'effettività del motivo economico, rappresentando una realtà oggettiva che ben può essere valutata da chi si trovi all'esterno dell'*oppidum*, potrà essere oggetto di verifica giudiziale.

La figura di “imprenditore” tratteggiata dalla giurisprudenza maggioritaria è quella dell'*homo oeconomicus*, dell'*“imprenditore, quale responsabile della corretta gestione dell'azienda anche dal punto di vista economico ed organizzativo”*¹²⁰.

L'insindacabilità della decisione organizzativa di licenziamento è ribadita in ulteriori sentenze, secondo le quali *“Il sindacato del giudice di merito non può estendersi alle scelte economico-organizzative che hanno determinato la scelta imprenditoriale di procedere alla riorganizzazione aziendale, ma devono limitarsi all'accertamento che le ragioni allegate dalla direzione aziendale siano sussistenti e*

¹¹⁹ V. *ex plurimis* Cass. 13 marzo 2013, n. 6333; Cass. 14 maggio 2012, n. 7474; Cass. 30 novembre 2010, n. 24235; Cass. 23 ottobre 2001 n. 13021.

¹²⁰ Cass. 22 agosto 2007, n. 17887.

*costituiscano realmente la causa del licenziamento*¹²¹. Si ricava, così, un secondo tassello del controllo giudiziario sul licenziamento per motivi economici: una volta verificata l'effettiva sussistenza delle ragioni organizzative allegates dall'imprenditore, il giudice dovrà procedere alla ricostruzione del nesso causale tra queste ed il licenziamento di quel determinato lavoratore, al fine di vagliarne la sussistenza e la tenuta secondo il criterio di non arbitrarietà. Sul datore di lavoro incomberà *“l'onere di provare, anche mediante elementi presuntivi ed indiziari, l'effettività delle ragioni che giustificano l'operazione di riassetto”*¹²².

Alla luce delle affermazioni di principio sopra riportate, sembrerebbe emergere un quadro giurisprudenziale maggioritario omogeneo e coeso, nel quale la perfetta razionalità economica dell'imprenditore rappresenterebbe il cardine intorno al quale costruire un controllo giudiziario esterno, limitato alla verifica dell'effettiva sussistenza delle ragioni organizzative addotte e del nesso di causalità tra queste e il licenziamento. Perfetta coerenza con la teoria dogmatica e formale rifiuto del criterio dell'utilità sociale, dunque. Tuttavia, soffermandosi con maggiore attenzione su alcuni passaggi motivazionali, è possibile scorgere percorsi interpretativi che, nello scalfire dall'interno l'affermato principio di insindacabilità, manifestano una qualche insofferenza verso un controllo giudiziario limitato ai profili di legittimità. Infatti, fino a quando si è in presenza di una comprovata crisi aziendale, della soppressione di un settore produttivo e, conseguentemente, delle mansioni svolte da un lavoratore, la cui prestazione sia divenuta palesemente antieconomica, il controllo giudiziale può svolgersi in maniera lineare lungo i binari del controllo di legittimità. E' nel momento in cui il motivo allegato consista in un incremento di profitto, oppure quando le mansioni svolte dal lavoratore licenziato non siano soppresse ma redistribuite tra altri lavoratori o, ancora, nell'ipotesi di mancato reimpiego del licenziando in altre mansioni compatibili con la qualifica rivestita, che emergono maggiori margini di incertezza. Ed è proprio con riferimenti a questi profili problematici che la giurisprudenza ha elaborato principi non sempre coerenti rispetto all'ortodosso principio di libertà di iniziativa economica, pur incessantemente professato.

¹²¹ Cass. n. 6450 del 1984, Cass. n. 9715 del 1995, Cass. n. 3120 del 1994.

¹²² Cass. 14 maggio 2012, n. 7474.

La seguente analisi giurisprudenziale, per chiarezza espositiva, si muoverà sul doppio binario ragioni organizzative - nesso eziologico al fine di individuare, relativamente ad entrambi i profili, le fattispecie elaborate dalla giurisprudenza e la loro configurazione in termini di controllo di legittimità o di merito.

5.1 Effettività delle ragioni organizzative: la sistematizzazione giurisprudenziale delle fattispecie giustificative del licenziamento

a) La ricerca di un profitto

E' possibile tracciare una prima linea di discriminare tra sentenze che, affermata la piena libertà organizzativa dell'imprenditore, ne ricavano la legittimità di ogni ragione in senso economico dallo stesso addotta, e decisioni che, a partire dalla stessa premessa, non vi si mantengono puntualmente coerenti, nel momento in cui limitano la legittimità del recesso alle sole ragioni dirette a fronteggiare situazioni economiche sfavorevoli non contingenti.

A questo proposito appare utile analizzare alcune pronunce che, *ex plurimis*, veicolano le due differenti impostazioni sopra riportate.

Con sentenza 7 luglio 2004, n. 12514, la Corte di Cassazione si è pronunciata in merito alla legittimità di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, intimato al fine di un generale programma di riduzione dei costi del personale. Dalle risultanze istruttorie era emerso, innanzitutto, come l'unico licenziamento intimato fosse quello del ricorrente, addetto, insieme ad altri due impiegati, all'area amministrativa. Inoltre, le mansioni precedentemente svolte dal lavoratore licenziato erano state distribuite, non soltanto attraverso la loro assegnazione agli altri due impiegati occupati nell'ufficio amministrativo, ma anche mediante lo spostamento di un altro lavoratore dall'ufficio acquisti all'ufficio amministrativo. Sulla base di questi elementi, la S.C. ha ritenuto illegittimo il licenziamento in quanto la *“soppressione di un posto di lavoro non può essere meramente strumentale ad un incremento del profitto, ma deve essere diretta a fronteggiare situazioni sfavorevoli non contingenti; il lavoratore ha quindi il diritto a che il datore di lavoro (su cui incombe il relativo onere) dimostri la concreta riferibilità del licenziamento individuale a iniziative collegate ad effettive ragioni di*

carattere produttivo-organizzativo e non ad un mero incremento dei profitti”¹²³.

Nel caso di specie, le risultanze istruttorie non consentivano di ritenere sussistente alcuna sfavorevole situazione economica, quanto piuttosto la volontà di realizzare un incremento dei profitti mediante la riduzione dei costi del personale.

Dalla sentenza in esame si ricava, quindi, il principio secondo cui la soppressione di una posizione lavorativa, con distribuzione delle mansioni ad altri dipendenti, costituisce giustificato motivo oggettivo solo se la più economica gestione dell’impresa sia diretta a fronteggiare situazioni sfavorevoli non contingenti, risultando esclusa la finalità di mero incremento di profitto¹²⁴.

Questo principio, ribadito in numerose sentenze, ha trovato un maggior approfondimento concettuale in una recente pronuncia, nella quale la Corte di Cassazione si interroga sulla natura del sindacato giudiziale condotto alla luce del parametro in esame¹²⁵. Nel momento in cui il giudice verifica la riconducibilità del licenziamento ad una situazione economica sfavorevole oppure ad un mero incremento di profitto, non opera una valutazione circa la pertinenza tecnica della scelta organizzativa rispetto alle ragioni dell’impresa né, tanto meno, si spinge a sindacare i margini di convenienza e di onerosità dei costi connessi al riassetto del personale, limitandosi a verificare l’effettività causale del licenziamento. Se, come nel caso di specie, il licenziamento è stato determinato dall’esigenza di ottimizzare le risorse umane e ridurre i relativi costi, a seguito del mancato rinnovo di due contratti di appalto, il giudice dovrà limitarsi a verificare la reale sussistenza della causa di licenziamento invocata dal datore di lavoro. Poiché dall’analisi dei bilanci emerge un incremento costante dei ricavi – tale da far ritenere che la perdita dei due appalti fosse stata compensata dall’acquisizione di

¹²³ Cass. 7 luglio 2004, n. 12514, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, p. 838; il medesimo orientamento è sostenuto in Cass. 17 maggio 2003, n. 7750, in *Notiziario giurisprudenza lav.*, 2003, p. 747, secondo la quale, essendo provate le gravi difficoltà economiche in cui versava l’azienda *de quo*, il risparmio di retribuzione ottenuto con l’impiego di lavoratori avventizi al posto di salariati fissi, era tale da configurare un “riassetto organizzativo dell’azienda attuato al fine di una più economica gestione di essa e deciso dall’imprenditore non semplicemente per un incremento del profitto, ma per far fronte a sfavorevoli situazioni, non meramente contingenti, influenti in modo decisivo sulla normale attività produttiva”. Più recentemente Cass. 25 ottobre 2013, n. 24193; Cass. 26 settembre 2011, n. 19616; Cass. 12 settembre 2013, n. 20918; Cass. 9 luglio 2013, n. 16987.

¹²⁴ L. DE ANGELIS, *Licenziamento per motivi economici e controllo giudiziario*, cit., p. 31; A. CROSTA, *Il giustificato motivo oggettivo derivante da riorganizzazione aziendale*, in *Dir. relaz. ind.*, 2005, II, pag. 457.

¹²⁵ Cass. 23 ottobre 2013, n. 24037.

altre commesse – se ne ricava l’insussistenza del giustificato motivo oggettivo e, di conseguenza, l’infondatezza dell’atto di recesso. Il tentativo della S.C. di ricondurre tale tecnica di controllo entro i confini del sindacato di legittimità, appare, tuttavia, frustrato dalla successiva affermazione secondo cui *“ferma la insindacabile discrezionalità tecnica nell’organizzazione dell’azienda, il giudice può così controllare il rispetto del diritto del singolo al lavoro (art. 4 Cost., comma 1, art. 35 Cost., comma 1, e art. 36 Cost.), eventualmente bilanciando i contrapposti interessi costituzionalmente protetti, dell’imprenditore e del lavoratore dipendente”*. Non si comprende, infatti, come sia possibile conciliare un controllo oggettivo circa la sussistenza della causale del licenziamento con un’operazione di bilanciamento di interessi costituzionalmente rilevanti la quale sottende, necessariamente, un giudizio di valore.

Di segno opposto la sentenza Cass. 11 aprile 2003, n. 5777, relativa ad un caso di licenziamento intimato a seguito dell’esternalizzazione dell’attività svolta dalla lavoratrice licenziata, mediante affidamento ad un studio professionale. La Suprema Corte, rigettando il motivo di ricorso proposto dalla lavoratrice ricorrente, secondo cui il licenziamento conseguente ad un riassetto organizzativo sarebbe legittimo se finalizzato ad una più economica gestione dell’azienda, necessitata da situazioni sfavorevoli non meramente contingenti e non quando sia rivolto ad un mero incremento dei profitti, aderisce esplicitamente all’orientamento opposto¹²⁶. Di conseguenza, ferma restando la necessità di verificare l’effettività del processo di riorganizzazione o ristrutturazione, risulterà legittima ogni ragione in senso economico che abbia determinato il licenziamento, sia questa connessa a fattori esterni alle determinazioni datoriali, vale a dire alle esigenze di mercato, sia questa relativa a modifiche organizzative finalizzate esclusivamente ad un incremento dei profitti¹²⁷. Il controllo giudiziale, nel rispetto del principio di insindacabilità delle scelte datoriali, dovrà limitarsi a verificare che all’origine della decisione imprenditoriale vi sia una ragione seria e non pretestuosa, essendo irrilevante, in tal sede, che la scelta derivi da una situazione economica sfavorevole oppure da riorganizzazioni o ristrutturazioni, quali ne siano le finalità e comprese quelle dirette al risparmio dei costi o all’incremento

¹²⁷ Cass. 11 aprile 2003, n. 5777, in *Notiziario giurispr. lav.*, 2003, p. 601.

dei profitti. Opinare diversamente porterebbe a ritenere che, una volta delineata un'organizzazione aziendale (l'*an* dell'impresa), questa costituisca un dato immodificabile, se non in presenza di un andamento negativo, così da negare rilevanza al naturale interesse imprenditoriale all'ottimizzazione dell'apparato produttivo in termini di efficienza e competitività, in aperto contrasto con la libertà di iniziativa economica sancita dall'art. 41 Cost¹²⁸.

La dialettica giurisprudenziale sulle ragioni economiche poste a fondamento del licenziamento vede, in sintesi, opporsi due orientamenti: da una parte quelle sentenze che, pur affermando il principio di insindacabilità giudiziale delle scelte organizzative, appaiono in realtà considerare tali decisioni sindacabili; dall'altra, pronunce che ritengono legittima ogni ragione in senso economico.

Nel primo caso, il giudice non si limita a vagliare l'effettività della scelta organizzativa, spingendosi ad operare una distinzione tra “ragioni dirette a fronteggiare situazioni sfavorevoli, non contingenti e che influiscano decisamente sulla normale attività produttiva, imponendo una riduzione dei costi” e modifiche finalizzate esclusivamente ad un incremento dei profitti. Mentre le prime, se sussistenti, consentono di ritenere il licenziamento giustificato, le seconde, benché realmente presenti, non potranno mai fondare un atto di recesso. Dall'analisi delle pronunce che si assestano su questa posizione, emerge la preoccupazione dei giudici di evitare l'equazione incremento del profitto – giustificazione del licenziamento, dalla quale si potrebbe pericolosamente scivolare verso il superamento del principio secondo cui la necessaria giustificazione del recesso e la stabilità del posto di lavoro implicano l'addossamento al datore di lavoro di perdite che potrebbero emergere nel corso del rapporto stesso¹²⁹.

Nel secondo caso, il controllo, assai più modesto, si limita a verificare la reale esistenza di una ragione in senso economico, riabilitando la figura dell'imprenditore quale unico giudice delle proprie scelte di gestione.

¹²⁸ Cass. 4 novembre 2004, n. 21121, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1382.

¹²⁹ L. CALCATERRA, *La giustificazione causale del licenziamento per motivi oggettivi*, in *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, R. DE LUCA TAMAJO e F. BIANCHI D'URSO (a cura di), Giuffrè, Milano, 2006.

b) La redistribuzione delle mansioni

Il punto di approdo della giurisprudenza, secondo cui il motivo oggettivo di licenziamento è rimesso alla valutazione del datore, senza che il giudice possa sindacare la scelta economica che ne costituisce il fondamento, è messo in discussione anche sotto il profilo della distribuzione delle mansioni precedentemente affidate al lavoratore licenziato.

La soppressione di un posto di lavoro per ragioni organizzative, può comportare sia la contestuale eliminazione delle mansioni precedentemente svolte dal lavoratore, sia la loro redistribuzione tra altri prestatori di lavoro. Quest'ultima eventualità ha portato la giurisprudenza ad interrogarsi sulla distinzione tra soppressione del posto di lavoro e sostituzione del lavoratore.

L'ipotesi più lineare è, senza dubbio, quella in cui, alla soppressione del posto di lavoro, consegue la totale eliminazione delle mansioni precedentemente svolte. Una volta fornita la prova dell'effettività della ragione economica che ha determinato la decisione di licenziamento, la totale soppressione delle mansioni, segno palese dell'inutilità e diseconomicità delle stesse, non farà che corroborare la legittimità della scelta datoriale. Più complessa si presenta l'ipotesi di redistribuzione delle mansioni tra altri lavoratori in quanto da essa si ricava il permanere, seppur in minima parte, di un interesse datoriale alla prestazione lavorativa, tale da potere incrinare la fondatezza del motivo economico sottostante. Se poi le mansioni vengono attribuite ad un solo lavoratore, già facente parte dell'organico o, addirittura successivamente assunto, i dubbi circa la configurabilità di un giustificato motivo oggettivo appaiono acuirsi.

Definiti i profili di criticità scaturenti dall'ipotesi di redistribuzione delle mansioni, è possibile volgere lo sguardo al dibattito giurisprudenziale per verificare quali soluzioni siano state suffragate in tale sede.

Secondo un primo orientamento, posta la sussistenza di ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa, è del tutto ammissibile la decisione di ridurre direttamente ed esclusivamente i livelli occupazionali, senza incidere sull'attività produttiva. In questo modo l'imprenditore, nell'esercizio della libertà economica a lui garantita, mira del tutto legittimamente a conseguire una maggiore produttività ed un

miglioramento della situazione economica aziendale, mediante una più razionale ed intensa utilizzazione delle risorse umane¹³⁰. In questa direzione si è mossa la Corte di Cassazione con sentenza 1 febbraio 2003, n. 1527, relativa al licenziamento, per calo di commesse, di un lavoratore addetto alla contabilità aziendale e al controllo di gestione, con successiva ripartizione di alcune mansioni tra i lavoratori rimasti in servizio. La Suprema Corte, nel dichiarare infondato il motivo di ricorso secondo cui la mancata soppressione delle mansioni svolte sarebbe tale da determinare l'illegittimità del licenziamento, ha riaffermato il principio di insindacabilità delle decisioni imprenditoriali. Le modalità del riassetto organizzativo dell'impresa, perseguito mediante la soppressione del posto di lavoro a cui era addetto il lavoratore licenziato, sono riservate – a parere dell'organo giudicante – alla discrezionalità dell'imprenditore, il quale esercita in tal modo la libertà di iniziativa economica garantita dall'art. 41 Cost. Di conseguenza, al giudice spetta solo il controllo della reale sussistenza del motivo economico asserito dall'imprenditore, per la cui effettività risulta indifferente l'eventualità che il datore di lavoro abbia eliminato tutte le funzioni assegnate al lavoratore, ben potendo queste essere ripartite diversamente ed in modo più economico fra gli altri dipendenti¹³¹. L'opzione ricostruttiva qui descritta è ribadita in numerose pronunce, mediante la formula secondo cui *“ai fini della configurabilità del giustificato motivo oggettivo, non è necessario che vengano soppresse tutte le mansioni in precedenza attribuite al lavoratore licenziato, ben potendo le stesse essere solo diversamente ripartite ed attribuite, secondo insindacabili scelte imprenditoriali, senza che con ciò venga meno l'effettività di tale soppressione”*¹³². Nella stessa logica rientrano sia il licenziamento c.d. tecnologico, determinato dall'introduzione di nuove tecnologie che sostituiscono il lavoro del dipendente, sia la c.d. esternalizzazione dell'attività.

Il nesso tra redistribuzione delle mansioni ed esternalizzazione è stato posto in evidenza dalla Corte di Cassazione con sentenza 23 ottobre 2001, n. 13021, relativa al licenziamento di un lavoratore addetto alla vigilanza, con affidamento

¹³⁰ L. CALCATERRA, *La giustificazione causale del licenziamento per motivi oggettivi*, cit., R. DE LUCA TAMAJO e F. BIANCHI D'URSO (a cura di), Giuffrè, Milano, 2006.

¹³¹ Cass. 1 febbraio 2003, n. 1527, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1605.

¹³² Cass. 9 agosto 2003, n. 12037.

ad una società esterna dell'attività di vigilanza notturna e ad un altro lavoratore di quella diurna. Secondo la Suprema Corte, la decisione imprenditoriale di delegare ad un soggetto terzo la vigilanza notturna risulta di per sé idonea a modificare il sistema organizzativo, con conseguente cessazione o riduzione di un'attività prima eseguita all'interno dell'azienda. Tale scelta, infatti, trova copertura sia sul piano della legislazione ordinaria, rientrando a pieno titolo nella sfera di applicazione dell'art. 3 della l. n. 604/1966, sia su quello costituzionale, in quanto espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost. Allo stesso modo, trova piena giustificazione l'attribuzione di (parte) delle mansioni, precedentemente svolte dal lavoratore licenziato, ad un altro dipendente. In un'ottica di riassetto organizzativo, appare quindi indifferente il fatto che la decisione imprenditoriale sia attuata tramite l'esternalizzazione di un'attività o la sua distribuzione tra altri lavoratori, atteso che in entrambe le ipotesi la scelta è espressione della libertà di iniziativa economica, non sindacabile nei suoi profili di congruità ed opportunità. Opinare direttamente significherebbe ammettere un controllo giudiziale sulla scelta di riassetto organizzativo, distinguendo – in maniera irragionevole – la fattispecie (sindacabile) di redistribuzione della mansioni e quella (insindacabile) di esternalizzazione dell'attività.

Di segno opposto, un diverso orientamento giurisprudenziale vede nella soppressione del posto in organico e delle relative mansioni, uno dei dati da cui desumere l'effettività della riorganizzazione. Con sentenza 22 giugno 2000, n. 8515, la Corte di Cassazione ha dichiarato l'illegittimità del licenziamento di un lavoratore, impiegato nella qualifica di coordinatore di magazzino, in quanto la redistribuzione delle mansioni ad altre figure professionali e il ricorso sistematico al lavoro straordinario suscitavano, unitamente alla mancata prova dell'esistenza di difficoltà produttive e finanziarie tali da giustificare una più economica gestione dell'impresa, serie perplessità in ordine alla necessità di procedere al licenziamento. Infatti, se è vero che ai fini della configurabilità della soppressione del posto di lavoro integrante giustificato motivo oggettivo di licenziamento non è necessario che vengano sopresse tutte le mansioni in precedenza attribuite al lavoratore licenziato, è comunque necessario che i compiti prevalentemente svolti in precedenza dal lavoratore siano relativi ad attività effettivamente sopresse o

comunque non più necessarie all'azienda. Ammettendo *tout court* la redistribuzione delle mansioni, si correrebbe il rischio di confondere l'ipotesi di ripartizione di mansioni – ammissibile qualora si tratti di compiti residuali e comunque non tali da connotare la posizione lavorativa del prestatore di lavoro – con quello di mera sostituzione del lavoratore, con conseguente ammissibilità del licenziamento di un lavoratore particolarmente qualificato e della sua sostituzione con altro meno qualificato ma ugualmente idoneo, oppure della sostituzione di un lavoratore più anziano e più costoso, con altro più giovane e meno costoso. Con riferimento a quest'ultima ipotesi, la Suprema Corte ha evidenziato come il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ai sensi dell'art. 3, l. n. 604/1966, non possa essere determinato da mere finalità di risparmio, come quelle che si realizzerebbero mediante il licenziamento di un lavoratore più anziano e costoso e la sua sostituzione con uno più giovane e meno costoso, presupponendo, invece, una ristrutturazione aziendale che comporti la soppressione di determinati posti di lavoro¹³³.

In conclusione, secondo l'orientamento in esame, la redistribuzione delle mansioni prevalentemente svolte dal lavoratore licenziato è tale da far sorgere seri dubbi circa l'effettività della riorganizzazione aziendale formalmente perseguita dall'imprenditore e finalizzata al mantenimento o al potenziamento del livello di produttività o di competitività dell'impresa, essendo il licenziamento in concreto rivolto a conseguire un risparmio sulle retribuzioni del personale dipendente.

Mentre il primo orientamento, nel considerare assolutamente insindacabili le scelte di redistribuzione delle mansioni a seguito del licenziamento, limita il sindacato giudiziale alla verifica circa la sussistenza della ragione economica e al nesso causale tra questa ed l'atto di recesso, il secondo orientamento estende il controllo alla ripartizione degli incarichi, ritenendo inconsistente la ragione organizzativa addotta dal datore di lavoro in caso di redistribuzione *tout court* delle mansioni svolte.

¹³³ Cass. 17 marzo 2001, n. 3899, in *LG*, 2001, 786.

5.2 L'effettività del nesso causale tra ragione economica e licenziamento nell'elaborazione giurisprudenziale

Tra le ragioni addotte ed il licenziamento, deve esistere un nesso di causalità tale che il licenziamento si presenti come scelta inevitabile con riferimento al lavoratore estromesso. Il giudice, una volta riscontrato che il licenziamento sia imposto dalle oggettive condizioni determinatesi in azienda o dalle scelte organizzative adottate, dovrà verificare che quelle condizioni o quelle scelte incidano proprio sulla posizione dei lavoratori licenziati. Si intende in questo modo evitare che il datore di lavoro possa cogliere l'occasione per giustificare, in presenza di ragioni economiche esistenti ma ininfluenti sulle loro posizioni, l'espulsione di dipendenti sgraditi¹³⁴. A questo proposito la giurisprudenza, pur non accogliendo la tesi del licenziamento come *ultima ratio* nella versione forte, secondo cui le scelte organizzative non legittimano il licenziamento quando non si accompagnino a misure di riqualificazione professionale anche allo scopo di evitare il licenziamento¹³⁵, ha tuttavia fatto proprio, in versione più attenuata, il principio dell'*extrema ratio* mediante l'elaborazione dell'obbligo di *repêchage* e l'individuazione di criteri di scelta dei licenziandi.

a) L'Obbligo di *repêchage*

L'interpretazione creativa della giurisprudenza ha portato all'introduzione di un caratteristico elemento costitutivo del giustificato motivo oggettivo di licenziamento, vale a dire l'obbligo, per il datore di lavoro, di dimostrare l'impossibilità o, quantomeno, l'estrema difficoltà di ricollocazione del lavoratore in altre mansioni o in un altro posto di lavoro, onde consentire la prosecuzione del rapporto di lavoro¹³⁶. La ricostruzione di tale obbligo, a partire dal principio costituzionale del temperamento tra libertà di iniziativa economica privata e l'utile sociale (art. 41 Cost.) e dagli obblighi civilistici di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto (artt. 1175 e 1375 c.c.), trae origine dalla considerazione della condizione di debolezza in cui versa il lavoratore, sia

¹³⁴ L. CALCATERRA, *La giustificazione causale del licenziamento per motivi oggettivi*, cit., p. 73.

¹³⁵ Cfr. C. ALESSI, *Professionalità e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004 e F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, Milano, 1982.

¹³⁶ F. AMATO, *Licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, obbligo di repêchage e tutela della professionalità del lavoratore*, in *I licenziamenti per motivi economico-produttivi e la responsabilità di impresa*, Ediesse, 2007, cit., p. 33.

all'interno del rapporto di lavoro che nel mercato del lavoro. L'obbligo di *repêchage* trova fondamento nel principio di *extrema ratio* del licenziamento, accolto dalla giurisprudenza nella sua versione attenuata¹³⁷ e desunto in via logica dall'art. 3 della l. 604/1966. Infatti, dal principio di giustificazione del licenziamento, non può che derivare logicamente il criterio di necessità del licenziamento stesso: non avrebbe alcun senso richiedere la sussistenza di un nesso causale tra ragioni economiche e licenziamento, se questo nesso non fosse inteso come necessità, date certe esigenze aziendali, del licenziamento stesso¹³⁸; opinando diversamente, il nesso causale dovrebbe ritenersi, in presenza di un'effettiva ragione organizzativa, per ciò solo esistente. Tuttavia, sarebbe inutile cercare traccia, nella lettura della giurisprudenza, del percorso creativo dell'obbligo di *repêchage*, essendosi i giudici mostrati più interessati a limitare l'arbitrarietà del recesso datoriale, piuttosto che a fondare in maniera giuridicamente valida l'obbligazione in questione. La Corte di Cassazione, infatti, nell'elaborare per la prima volta quest'obbligo, ha evidenziato la necessità di accertare le ragioni obiettive per cui quel determinato lavoratore non è stato mantenuto in servizio, mediante elementi di prova, forniti dal datore di lavoro, che consentano di verificare l'impossibilità di un'ulteriore utilizzazione in uno dei settori dell'attività produttiva, in rapporto alle nuove esigenze dell'impresa o della diversa organizzazione del lavoro¹³⁹.

Il principio secondo cui *“sul datore di lavoro incombe l'onere di dimostrare la concreta riferibilità del licenziamento individuale ad iniziative collegate ad effettive ragioni di ordine produttivo e organizzativo (che devono essere tali, nella loro oggettività e non in forza di un atto del datore che presenti margini di arbitrarietà, da determinare, con stretto nesso di consequenzialità, l'inutilizzabilità della prestazione lavorativa) e la impossibilità di utilizzare il lavoratore in altre mansioni compatibili con la qualifica rivestita, in relazione al concreto contenuto professionale dell'attività cui il lavoratore era*

¹³⁷ Cfr. G. GIUGNI, *Intervento*, in *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, cit., p. 103 e M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore*, cit., p. 690.

¹³⁸ L. CALCATERRA, *La giustificazione causale del licenziamento per motivi oggettivi*, cit., p. 89.

¹³⁹ Cass. 12 dicembre 1972, n. 3578, in *MGL*, 1973, p. 264 ss.

precedentemente adibito”¹⁴⁰, ha trovato accoglimento unanime da parte della giurisprudenza.

La creazione di un obbligo di cooperazione del datore di lavoro, diretto alla conservazione del posto, ha sicuramente determinato un'estensione del controllo giudiziale nonostante questo, è bene ricordarlo, intervenga a valle delle scelte organizzative datoriali. Ben presto, però, la creatura giurisprudenziale è sfuggita di mano al suo stesso artefice¹⁴¹ in quanto, se da una parte l'obbligazione di *repêchage* consente di verificare il rispetto del principio di *extrema ratio* e di ridurre i margini di arbitrarietà del licenziamento, dall'altra appare evidente come il rischio sia quello di comprimere in modo eccessivo la facoltà del datore di lavoro di “liberarsi” dei dipendenti non più utili allo sviluppo dell'attività, con conseguente lesione dell'insindacabilità degli assetti organizzativi da questo determinati¹⁴². Al fine di evitare un indebito sconfinamento nelle prerogative imprenditoriali, la giurisprudenza, a partire dalla metà degli anni Novanta del secolo scorso, si è così vista impegnata in un'opera di ridimensionamento dell'ambito applicativo dell'obbligo di *repêchage*, attraverso la strutturazione di una serie di argini¹⁴³ che consentissero di mantenere, entro confini ben definiti, l'accollo al datore di lavoro dell'obbligo di ricollocazione¹⁴⁴.

Un primo profilo di intervento è rappresentato dall'ambito topografico di rilevanza dell'obbligazione di ripescaggio, al fine di verificare se la possibilità di reimpiego vada considerata con riferimento a tutte le unità produttive, a tutti i reparti e al gruppo al quale l'impresa eventualmente appartiene oppure se, al contrario, esistano delle limitazioni in tal senso. La giurisprudenza appare unanime nel ritenere che l'ambito di verifica giudiziale coinvolga la possibilità di reimpiego in tutte le unità produttive e in tutti i reparti dell'impresa interessata, senza che sia possibile limitare il controllo alle sole unità effettivamente interessate dalle dedotte esigenze produttive e organizzative: “*l'onere del datore*

¹⁴⁰ Cass. 3 luglio 2003, n. 10554; Cass. 12 maggio 2000, n. 6134.

¹⁴¹ Espressione utilizzata da L. CALCATERRA, *La giustificazione causale del licenziamento per motivi oggettivi*, cit., p. 86.

¹⁴² *Ivi*, p. 90.

¹⁴³ L. CALCATERRA, *La giustificazione causale del licenziamento per motivi oggettivi nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. rel. ind.*, 2005, p. 653.

¹⁴⁴ F. AMATO, *Licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, obbligo di repêchage e tutela della professionalità del lavoratore*, cit., p.35.

di lavoro di dimostrare l'impossibilità di un'altra utilizzazione del lavoratore licenziato [...] deve concernere tutte le sedi dell'attività aziendale, essendo sufficiente la limitazione alla sede cui era addetto il lavoratore licenziato solo nell'ipotesi preliminare di rifiuto del medesimo a trasferirsi altrove¹⁴⁵. La questione si fa più complessa in relazione alla rilevanza che assume, per la valutazione della possibilità di reimpiego, l'appartenenza dell'impresa ad un gruppo. La Suprema Corte ha escluso che l'obbligo di *repêchage* possa estendersi anche alla ricollocazione del lavoratore presso altre società facenti parte del gruppo, in quanto l'appartenenza dell'impresa ad un gruppo economico o societario non ha alcuna efficacia giuridica unificante, con la conseguenza che, se il lavoratore subordinato può vantare pretese rispetto all'impresa datrice di lavoro e all'interno della sua struttura organizzativa, lo stesso non risulta ammissibile con riguardo alle imprese del gruppo o con riferimento ai loro assetti produttivi¹⁴⁶. Tuttavia, l'irrilevanza del gruppo societario nella configurazione dell'obbligo di ricollocazione *aliunde*, è superabile nell'ipotesi in cui sia possibile ravvisare nel gruppo un unico centro di imputazione del rapporto di lavoro. Questo si verifica ogni qual volta il frazionamento di un'unica attività tra i vari soggetti coinvolti nel collegamento economico-funzionale, sia frutto di una simulazione o di una preordinazione in frode alla legge. Per superare l'apparenza giuridica, è necessario, attraverso l'esame delle attività svolte da ciascuna delle imprese formalmente autonome, verificare la sussistenza di alcuni requisiti, quali l'unicità della struttura organizzativa e produttiva; l'integrazione tra le attività esercitate dalle varie imprese del gruppo ed il relativo interesse comune; un coordinamento tecnico ed amministrativo-finanziario tale da consentire di individuare un unico soggetto direttivo che faccia convergere le diverse attività delle singole imprese verso uno scopo comune; l'utilizzazione contemporanea della prestazione lavorativa da parte delle varie imprese¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Cfr. Cass. 23 gennaio 2003, n. 1008; Cass. 16 maggio 2003, n. 7717, con nota di V. A. POSO, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di repêchage nell'ambito del gruppo di impresa*, in *Giust. civ.*, 2004, II, p. 416; Cass. 24 marzo 2003, n. 4274.

¹⁴⁶ Cfr. Cass. 24 settembre 2010, n. 20231; Cass. 1 febbraio 2003, n. 1527.

¹⁴⁷ Cass. 25 settembre 2013, n. 21910; Cass. 12 febbraio 2013, n. 3482; Cass. 26 gennaio 2012, n. 1107; Cass. 30 novembre 2011, n. 25614; Cass. 9 dicembre 2009, n. 25763; Cass. 7 settembre 2007, n. 18843; Cass. 26 aprile 2004, n. 6706; Cass. 16 maggio 2003, n. 7717.

Un secondo profilo di intervento è rappresentato dalla tutela della professionalità del lavoratore e dalla possibilità di reimpiego in deroga ai limiti stabiliti in materia di *jus variandi* dall'art. 13 Stat. Lav. La giurisprudenza maggioritaria ritiene ammissibile il reimpiego solo in relazione a mansioni equivalenti in quanto, l'adibizione a mansioni inferiori, seppur al fine di evitare il licenziamento, si porrebbe in contrasto con il divieto, sancito dall'art. 2103 c.c., di utilizzare il lavoratore in mansioni dequalificanti¹⁴⁸. Alcuni segni di apertura emergono, tuttavia, dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite le quali, sebbene in relazione all'ipotesi di sopravvenuta inidoneità parziale del lavoratore, ammette la possibilità, una volta verificata l'impossibilità di adibizione a mansioni equivalenti, di assegnare al dipendente mansioni inferiori, sempre che tale diversa attività sia utilizzabile dall'impresa secondo l'assetto organizzativo insindacabilmente stabilito dall'imprenditore¹⁴⁹.

Il terzo intervento di ridimensionamento dell'obbligo di *repêchage* ha coinvolto la disciplina dell'onere probatorio in materia di reimpiego del lavoratore licenziando. La giurisprudenza è intervenuta, da una parte, ridimensionando il rigore probatorio richiesto all'imprenditore, dall'altra introducendo un meccanismo di ripartizione degli oneri probatori tra datore di lavoro e dipendente. Quanto al primo profilo, trattandosi di una prova concernente un fatto negativo – quello dell'impossibilità di una diversa utilizzazione del lavoratore licenziato –, questa può essere assolta mediante la prova di fatti positivi, quali la circostanza che i residui posti di lavoro, riguardando mansioni equivalenti, fossero al tempo del licenziamento stabilmente occupati da altri lavoratori, oppure il fatto che dopo il licenziamento e per un congruo periodo di tempo non sia stata effettuata alcuna nuova assunzione nella stessa qualifica del lavoratore licenziato, i quali assumono il valore di presunzioni semplici¹⁵⁰. Quanto al secondo profilo, la giurisprudenza maggioritaria afferma che, nonostante l'onere della prova relativa all'impossibilità di reimpiego gravi per intero sul datore di lavoro, il lavoratore ha comunque un onere di deduzione e di allegazione della possibilità di *repêchage*. Il

¹⁴⁸ Cass. 7 gennaio 2005, n. 239; Cass. 20 agosto 2003, n. 12270; Cass. 27 agosto 2003, n. 12571; Cass. 3 luglio 2003, n. 10554; Cass.

¹⁴⁹ Cass. 3 maggio 2005, n. 9122, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Lavoro (rapporto di)*, n. 1368; Cass. 5 marzo 2003, n. 3245, in *Arch. civ.*, 2003, p. 909.

¹⁵⁰ Cass. 5 maggio 2003, n. 7717.

principio dell'onere probatorio non deve, quindi, essere applicato con una rigidità contrastante con i limiti della ragionevolezza, in quanto anche il lavoratore può e deve fornire elementi utili ad individuare l'esistenza di realtà idonee ad una sua possibile e diversa collocazione¹⁵¹. Nonostante non manchino pronunce di segno opposto, secondo le quali è da escludersi che possa porsi a carico del lavoratore alcun onere probatorio, nemmeno al solo fine di indicare i posti di lavoro assegnabili, la giurisprudenza appare nettamente orientata verso un atteggiamento di *self restraint* nella valutazione della prova e nell'uso dei propri poteri istruttori¹⁵².

b) I criteri di scelta del lavoratore da licenziare

Il controllo sull'esistenza di un nesso eziologico tra le ragioni addotte e l'atto di recesso, così che la scelta di licenziamento si presenti come ineludibile rispetto al lavoratore licenziato, appare particolarmente delicato quando il riassetto organizzativo coinvolga non uno specifico posto di lavoro, bensì più posizioni lavorative omogenee e fungibili. Per limitare i margini di discrezionalità della scelta datoriale nella selezione, tra più dipendenti, di quello da licenziare e per evitare un uso distorto dell'istituto del licenziamento per motivi economici, mediante l'ingresso di elementi soggettivistici di valutazione, la Corte di Cassazione ha parzialmente recepito le indicazioni, provenienti da parte della dottrina, di procedere ad una applicazione analogica dei criteri di scelta previsti nella disciplina dei licenziamenti collettivi¹⁵³. Così, mentre in alcune pronunce la Suprema Corte ha espressamente richiesto, ai fini dell'individuazione in concreto del lavoratore da licenziarsi¹⁵⁴, il rispetto dei criteri dei carichi di famiglia e dell'anzianità, in altre si è limitata a richiamare l'onere, per il datore di lavoro, di dimostrare il rispetto dei principi di correttezza e buona fede nelle modalità della

¹⁵¹ Cass. 27 agosto 2003, n. 12571; Cass. 21 marzo 2003, n. 1008.

¹⁵² L. CALCATERRA, *La giustificazione causale del licenziamento per motivi oggettivi*, cit., p. 97.

¹⁵³ U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione del personale in Italia*, in AA. VV., *I licenziamenti per riduzione del personale in Europa*, Cacucci, Bari, 2001, p. 216; R. DEL PUNTA, *I licenziamenti collettivi*, in PAPALEONI, DEL PUNTA, MARIANI, *La nuova cassa integrazione guadagni e la mobilità*, Cedam, Padova, 1993, p. 241 ss.; A. VALLEBONA, *Licenziamento individuale per riduzione di personale*, in *Dir. lav.*, 1993, p. 291 ss.

¹⁵⁴ Cass. 21 dicembre 2001, n. 16144, in *Nuova giur. lav.*, p. 352.

scelta¹⁵⁵. A prescindere dallo strumento giuridico adottato, appare evidente la volontà della giurisprudenza di legittimità di individuare dei criteri guida che, nell'orientare la scelta dell'imprenditore, consentano al giudice di effettuare un controllo di ragionevolezza e di censurare eventuali profili di arbitrarietà insiti nella scelta, tra più dipendenti, di quello da licenziare.

A conclusione di questo breve *excursus* giurisprudenziale, emerge un quadro piuttosto articolato sia per la varietà delle fattispecie analizzate, sia per la diversità delle soluzioni fornite. Dietro la tralatticia affermazione secondo cui “*non è sindacabile nei suoi profili di congruità ed opportunità la scelta imprenditoriale che abbia comportato la soppressione del settore lavorativo o del reparto o del posto cui era addetto il dipendente licenziato, sempre che risulti l'effettività e la non pretestuosità del riassetto organizzativo operato*” si scorge, infatti, una giurisprudenza maggioritaria piuttosto restia ad assumere una posizione di *self restraint* nella valutazione della giustificatezza del licenziamento. L'elaborazione giurisprudenziale di requisiti idonei a determinare la legittimità del licenziamento, infatti, esprime la tendenza dei giudici a farsi carico delle istanze di tutela della stabilità del posto di lavoro, mediante un approccio interpretativo che, nel considerare l'art. 3 della l. 604/1966 come clausola generale, filtra il “sentire sociale” al fine di verificare la legittimità di un certo licenziamento¹⁵⁶. Si pensi all'approccio giurisprudenziale che ritiene illegittimo il licenziamento determinato da esigenze aziendali di mero incremento dei profitti, oppure all'introduzione dell'obbligo di *repêchage*: questi orientamenti possono essere letti come il tentativo di evitare che il licenziamento, benché sorretto formalmente da ragioni economiche effettive, derivi in realtà da decisioni imprenditoriali irrazionali o pretestuose, tali da determinare la lesioni di beni quali la stabilità del lavoro e la dignità del lavoratore¹⁵⁷. Con riferimento all'onere di ricollocamento, in particolare, l'implicito bilanciamento di interessi contrapposti può essere colto con facilità laddove si tracci un parallelo rispetto all'interpretazione

¹⁵⁵ Cass. 11 giugno 2004, n. 11124; Cass. 21 novembre 2001, n. 14663, in *Dir. lav.*, 2002, II, p. 23; Cass. 17 marzo 2001, n. 3874, in *Nuova giur. lav.*, 2001, p. 465.

¹⁵⁶ M. NOVELLA, *Considerazioni sul dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice*, cit., pp. 110-111.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

giurisprudenziale dell'art. 13 St. Lav. Mentre al datore di lavoro che intenda procedere ad un licenziamento per motivi economici è imposto l'obbligo di *repêchage*, un'analoga prescrizione non appare richiesta per l'esercizio del potere di trasferimento, rispetto al quale i giudici si limitano a prevedere la prova della ragioni tecnico-produttive previste dall'art. 13 St. lav. La giurisprudenza, nell'operazione di bilanciamento di interessi contrapposti, è dunque pervenuta a risultati differenti, espressione della diversa percezione sociale della gravità del licenziamento rispetto al trasferimento e della differente intensità del rischio di una lesione della dignità del lavoratore nelle vicende modificative del rapporto di lavoro rispetto a quelle estintive. Il bene giuridico della dignità del lavoratore viene in rilievo anche in quell'orientamento giurisprudenziale che esclude la legittimità del licenziamento per motivi economici quando questo realizzi un risparmio di costo mediante la sostituzione con un altro lavoratore, ma non anche quando il medesimo risultato sia perseguito attraverso la sostituzione del dipendente con una macchina. Emerge, infatti, la preoccupazione dei giudici di tutelare la dignità del lavoratore, intesa come stima sociale derivante dal possesso di un posto di lavoro, sia di difendere il dipendente dalla concorrenza al ribasso esercitata da altri lavoratori¹⁵⁸. La tendenza giurisprudenziale volta alla tutela di valori quali la stabilità del posto di lavoro e la dignità del lavoratore presenta, con tutta evidenza, delle incertezze e delle contraddizioni rispetto al principio di l'insindacabilità delle scelte inerenti l'organizzazione, l'indirizzo e le modalità dell'attività produttiva. Infatti, affermare la legittimità della soppressione di un posto di lavoro, con riparto della mansioni tra gli altri dipendenti, solo quando questa sia diretta a fronteggiare situazioni sfavorevoli, significa, con tutta evidenza, sindacare nel merito la scelta organizzativa. Ancora, richiedere la prova dell'adempimento dell'obbligo di *repêchage*, eventualmente estendendo tale obbligo anche a mansioni inferiori, oppure escludere la legittimità del licenziamento finalizzato ad un mero incremento dei profitti, determina un rilevante impatto sulle scelte organizzative, pur dichiarate insindacabili dalla medesima giurisprudenza.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

Dall'analisi giurisprudenziale emerge, quindi, la difficile praticabilità, nei fatti, della distinzione tra scelte organizzative, insindacabili nel merito, e sindacabili conseguenze delle medesime. Tuttavia, ed è questo il punto, il conseguente tentativo di individuare un equilibrio accettabile, così da evitare il rischio che il controllo del giudice si riduca ad un sindacato meramente formale, è stato perseguito non solo mediante la valorizzazione dei beni giuridici quali la stabilità del posto o la dignità del lavoratore, ma anche attraverso un bilanciamento tra costi economici della conservazione dei posti di lavoro e costi umani del licenziamento. L'elemento economico emerge, seppur implicitamente, nei passaggi argomentativi di numerose pronunce. Nel momento in cui i giudici richiedono, ad esempio, che le esigenze che portano alla soppressione del posto non siano contingenti ma permanenti, indirettamente operano una valutazione di legittimità del licenziamento sulla base di un criterio di ragionevolezza: questi possono essere addossati all'imprenditore fin tanto che l'esigenza sia contingente, mentre si ripercuotono negativamente sul lavoratore nel momento in cui la difficoltà economica si presenti come duratura. Anche l'onere di *repêchage* sottende una valutazione di proporzionalità: si può imporre al datore di lavoro di sopportare costi riorganizzativi per garantire la salvezza del posto di lavoro, a meno che questo non comporti uno stravolgimento del sistema azienda¹⁵⁹ o un maggior onere economico che l'imprenditore dovrebbe sopportare per inserire il lavoratore nell'organizzazione aziendale¹⁶⁰.

In conclusione, l'analisi della giurisprudenza consente di evidenziare l'inevitabile ingresso del giudice nel merito delle scelte organizzative poste a fondamento del licenziamento, con conseguente forzatura argomentativa rispetto al principio di insindacabilità solennemente affermato in astratto¹⁶¹. Tuttavia - e benché rimanga discutibile la questione relativa all'ingerenza giudiziaria rispetto alle scelte imprenditoriali - emerge, nel contempo, lo sforzo giurisprudenziale di farsi carico delle istanze di tutela della stabilità del lavoro senza dimenticare l'elemento economico, attraverso un bilanciamento dei contrapposti interessi

¹⁵⁹ Cass. 2 agosto 2001, n. 10574, in *Mass. giur. lav.*, 2002, p. 161.

¹⁶⁰ Cass. 13 novembre 1999, n. 12603, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, p. 521.

¹⁶¹ L. DE ANGELIS, *Licenziamento per motivi economici e controllo giudiziario*, cit., pp. 38-39.

economici e sociali, condotto alla luce del criterio di ragionevolezza e di proporzionalità.

6. Il controllo giudiziario alla luce della Riforma Fornero: tra incertezze applicative e sospetti di incostituzionalità

La riforma del mercato del lavoro, realizzata con legge n. 92/2012, ha inciso in maniera significativa sul delicato tema dei poteri del giudice nel controllo delle ragioni di licenziamento e nell'individuazione delle conseguenze del licenziamento illegittimo. La prospettiva metodologica adottata dal legislatore appare del tutto peculiare: se, da una parte, è stata mantenuta inalterata la definizione di giustificato motivo oggettivo (art. 3, l. n. 604/1996), dall'altra, la modifica del sistema rimediale, ha comportato l'affidamento al giudice di una inedita facoltà di modulazione delle tutele, basata sulla distinzione tra “manifesta insussistenza del fatto” ed “altre ipotesi in cui non ricorrono gli estremi del giustificato motivo oggettivo”¹⁶².

Nell'affrontare le questioni interpretative derivanti dalla Riforma Fornero, in materia di controllo giudiziario, appare utile procedere all'analisi degli esiti dell'elaborazione dottrinale e dell'applicazione giurisprudenziale fino ad oggi rinvenibili in materia.

6.1 La “manifesta insussistenza del fatto”: come si scompone e si ricompone?

In materia di licenziamento per motivi economici, l'art. 18, c. 7, secondo periodo St. lav., ha definito un sistema bipolare, in cui l'assenza delle ragioni economiche ed organizzative può portare alla reintegrazione oppure al riconoscimento di un'indennità risarcitoria. La graduazione della gravità delle conseguenze dell'atto di recesso infondato, è affidata alla distinzione tra le due fattispecie della “manifesta insussistenza del fatto” e delle “altre ipotesi in cui non ricorrono gli estremi del giustificato motivo oggettivo”, le quali esprimono – o dovrebbero esprimere – un differente disvalore riconosciuto dall'ordinamento al comportamento datoriale. Il parallelismo tra “manifesta insussistenza del fatto”, ipotesi alla quale consegue la tutela reintegratoria debole, ed “altre ipotesi”, in presenza delle quali trova applicazione la più tenue sanzione indennitaria, risulta, tuttavia, sia in termini

¹⁶² Nuova formulazione dell'art. 18, c. 7, secondo periodo, St. lav.

metodologici che applicativi, molto più complesso di quanto non possa apparire a prima vista. L'espressione legislativa di “manifesta insussistenza del fatto”, negativamente definita da parte della dottrina come “infortunio linguistico”¹⁶³, ha infatti catalizzato l'attenzione della dottrina, dei cui sforzi, finalizzati ad offrirne una lettura coerente, si darà conto nel proseguo dell'indagine. Successivamente, si procederà ad un'analisi delle più recenti pronunce emesse in materia, al fine di verificare gli effetti prodottisi sull'estensione e sul contenuto del controllo giudiziario, soprattutto a fronte della necessità di collocare le diverse fattispecie di creazione giurisprudenziale nell'alveo dell'una o dell'altra categoria individuata dal novellato art. 18, c. 7 St. lav.

6.2 “Manifesta insussistenza del fatto” ed “altre ipotesi”: primi tentativi dottrinali di inquadramento

La distinzione tra “manifesta insussistenza del fatto” ed “altre ipotesi” di licenziamento ingiustificato rappresenta il nodo cruciale della riforma tanto che, già in sede di stesura del progetto di legge, la formula legislativa è stata oggetto di ripensamenti, soprattutto a seguito del confronto tra governo, forze politiche e parti sociali. Il progetto originario, che avrebbe dovuto portare all'integrale monetizzazione del licenziamento per motivi economici illegittimo¹⁶⁴ – con limitazione della reintegrazione nel posto di lavoro alle ipotesi di violazione dei diritti fondamentali del lavoratore, vale a dire nei casi di licenziamento discriminatorio o per motivo illecito –, ha infatti subito “un innegabile processo di scolorimento”¹⁶⁵, con il mantenimento, solo per le ipotesi di “manifesta insussistenza del fatto” posto a base del licenziamento, della tutela reintegratoria. Posto l'abbandono dell'opzione legislativa di flessibilizzazione in uscita del rapporto di lavoro, nella sua versione più drastica, appare necessario verificare se, dietro il modello sanzionatorio a geometria variabile, nel quale la diversificazione delle sanzioni si fonda sul problematico criterio della ingiustificatezza

¹⁶³ Su tutti, V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 560.

¹⁶⁴ O. MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti del nuovo art. 18 St. lav.*, in *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, cit., p. 251.

¹⁶⁵ C. CESTER, *La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2013, p. 13.

“qualificata” e della ingiustificatezza “semplice”, sia possibile individuare un ridimensionamento dell’area della tutela reale o, al contrario, un sostanziale equilibrio tra i due strumenti rimediali.

L’interrogativo ha visto la dottrina dividersi in due opzioni di fondo: da una parte la prospettiva ricostruttiva che, nel valorizzare la scelta originaria di politica legislativa, propone una lettura razionalizzante dell’art. 18, c. 7 St. lav., dall’altra l’analisi interpretativa che, nel fornire una lettura costituzionalmente orientata della nuova disciplina, ridimensiona, in maniera più o meno intensa, la portata riformatrice della l. n. 92 del 2012. Queste due direttrici ermeneutiche si fondano, essenzialmente, su di una differente interpretazione dell’ambigua formula “manifesta insussistenza del fatto”. Nella seguente analisi saranno presi in esame i diversi percorsi ricostruttivi, al fine di verificare come questi ricostruiscano i contorni del controllo giudiziario, sia in sede di verifica delle ragioni poste a fondamento del licenziamento, sia in quella di determinazione della conseguenza sanzionatoria applicabile in caso di recesso ingiustificato.

6.2.1 Interpretazione razionalizzante dell’art. 18, c. 7 St. lav.

a) Evidente insussistenza del motivo economico-organizzativo

Per comprendere la lettura razionalizzante fornita da parte della dottrina¹⁶⁶, è necessario fornire le coordinate entro cui tale corrente interpretativa si muove. Il punto di partenza è rappresentato dalla constatazione secondo cui, mentre il giustificato motivo soggettivo si fonda su di un fatto passato (ad esempio, la mancanza imputata al lavoratore), il giustificato motivo oggettivo fa riferimento ad un fatto futuro, idoneo a modificare l’equilibrio economico su cui si fonda il rapporto di lavoro¹⁶⁷. Infatti, le circostanze comunemente addotte per giustificare un licenziamento per motivi economici – il bilancio aziendale in perdita, la contrazione della domanda, la sostituzione di un lavoratore con un macchinario,.. – appaiono idonee a fondare l’atto di recesso solo se destinate a perdurare nel prossimo futuro. La dimensione futura in cui si proietta la giustificazione del

¹⁶⁶ P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, Relazione al Convegno del Centro Nazionale Studi di Diritto del Lavoro “Domenico Napoletano” - Pescara, 11 maggio 2012.

¹⁶⁷ P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, vol. III, Giuffrè Editore, Milano, 2003.

licenziamento per motivi economici, si riflette sia sulla prova in giudizio, sia sul convincimento del giudice. Infatti, mentre un fatto accaduto nel passato può essere provato mediante il classico strumentario probatorio posto a disposizione delle parti del processo (prova documentale, testimoniale, confessione,...), un fatto futuro potrà essere oggetto solamente di una valutazione prognostica. Se si considera l'ineliminabile opinabilità di una valutazione di ragionevolezza circa il verificarsi di una perdita futura e l'assoluta indeterminatezza del grado di gravità che l'evento previsto deve rivestire per risultare idoneo a giustificare il licenziamento, l'aleatorietà del controllo giudiziale appare incontestabile¹⁶⁸.

Alla luce di queste considerazioni, la Riforma Fornero sembrerebbe essersi fatta carico delle incertezze applicative provenienti dalla precedente configurazione della disciplina in materia, attraverso l'individuazione di tre ipotesi.

Il primo caso è rappresentato dal licenziamento dal quale traspare in maniera evidente la ragionevolezza della scelta datoriale di licenziare, ad esempio per la chiusura definitiva di un reparto dell'azienda. In questa ipotesi il giudice, verificata la fondatezza della scelta economica sottostante l'atto di recesso, dichiarerà la legittimità dell'atto di recesso e il lavoratore non avrà diritto ad alcun indennizzo¹⁶⁹.

La seconda ipotesi è rappresentata dagli atti di recesso rispetto ai quali risulti in maniera evidente l'insussistenza del motivo economico-organizzativo addotto dall'imprenditore a sostegno del licenziamento, ad esempio una perdita di commesse della quale non risulti alcuna traccia. In questi casi, peraltro eccezionali, il giudice ha gli strumenti per verificare la pretestuosità dei motivi addotti, dietro i quali potrà addirittura scorgere un motivo illecito. Laddove l'esame giudiziale porti esclusivamente a verificare la palese insussistenza della ragione economica addotta, il giudice applicherà la sanzione indennitaria. Nel caso in cui, invece, oltre alla "manifesta insussistenza del fatto" emerga, anche in via presuntiva, un motivo illecito determinante, conseguirà l'applicazione della tutela reintegratoria. E' questo, secondo la ricostruzione in esame, il significato da

¹⁶⁸ P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, cit., p. 15.

¹⁶⁹ *Ivi*, p. 16.

attribuirsi all'art. 18, c. 7 St. lav., nella parte in cui sancisce che il giudice "può" ordinare la reintegrazione nel posto di lavoro¹⁷⁰.

Tra questi due poli, si collocano tutti gli atti di licenziamento fondati su possibili motivi economico-organizzativi, vale a dire "situazioni nelle quali ci si può ragionevolmente attendere una qualche perdita, anche in termini di costo-opportunità, ma il fondamento di tali prognosi negative e l'entità della perdita non sono suscettibili di precisa dimostrazione in giudizio"¹⁷¹. Ora, rispetto a queste ipotesi, la giurisprudenza antecedente alla Riforma Fornero si era sforzata di elaborare una serie di criteri finalizzati a garantire l'attendibilità della ragione economica prospettata: la presenza di situazioni economiche sfavorevoli non contingenti, la sussistenza di un nesso causale, l'irrilevanza di finalità di mero incremento dei profitti o di riduzione dei costi, l'effettiva soppressione del posto di lavoro ect. Tutti questi parametri, peraltro non condivisi in maniera unanime dalla stessa giurisprudenza, non soltanto risultavano strutturalmente inidonei ai fini della valutazione di un fatto futuro, ma producevano, al contempo, una considerevole ingerenza giudiziale nelle insindacabili scelte organizzativo-produttive dell'imprenditore. Per uscire da questa situazione di censurabile incertezza dei rapporti giuridici, il novellato art. 18 St. lav. ha, dunque, previsto che, nelle ipotesi in cui l'imprenditore sia in grado dimostrare l'esistenza di una ragione economica ma non precisamente l'entità della perdita attesa (anche in termini di costo-opportunità), il licenziamento debba essere considerato comunque valido, mediante l'applicazione di un sistema indennitario (da 12 a 24 mensilità) che funzionerà da filtro automatico delle ragioni del recesso. Infatti, nel momento in cui il datore di lavoro dovesse prospettare una perdita derivante dalla prosecuzione del rapporto di lavoro, questi procederà al licenziamento solo qualora la perdita attesa dovesse risultare maggiore dell'indennità che questi sarebbe tenuto a corrispondere al prestatore a seguito della vittoriosa impugnazione del licenziamento da parte di quest'ultimo.

La conclusione *de iure condendo* a cui perviene l'autore, nella prospettiva di un completamento del sistema di monetizzazione del licenziamento a cui il legislatore ha dato inizio, consiste nel proporre l'estensione della tutela

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ P. ICHINO, op. ult. cit., p. 16.

indennitaria anche ai licenziamenti sorretti da incontestabili ragioni economiche e nell'applicare il filtro del *severance cost* fin dal momento originario del licenziamento. In questo modo, da una parte si supererebbe la disparità di trattamento insita nell'attuale disciplina, ai sensi della quale il lavoratore, privato del posto di lavoro senza sua colpa, riceverebbe un indennizzo solo nel caso di perdita attesa e non in quello in cui la ragione economica appaia *ictu oculi* esistente. Dall'altra, si eviterebbe l'instaurazione di controversie giudiziali in tutti quei casi in cui il lavoratore non ritenga di poter prospettare un motivo illecito di licenziamento e neppure un'ipotesi "manifesta insussistenza del fatto" posto a fondamento della scelta di soppressione del posto di lavoro.

b) Manifesta insussistenza del fatto materiale

Un secondo orientamento dottrinale, riconducibile nell'alveo delle letture razionalizzanti della l. n. 92/2012, si fonda sullo sdoppiamento del processo esegetico richiesto al giudice. La riflessione invita, innanzitutto, a prendere atto della distinzione concettuale introdotta dal novellato art. 18 St. lav. il quale, nel predisporre un più ampio ventaglio sanzionatorio, risulta aver spezzato il rapporto tra l'illegittimità del licenziamento e l'individuazione della sanzione applicabile. Infatti, mentre la tutela reintegratoria "piena" è stata limitata al licenziamento nullo, per le rimanenti ipotesi sono previste, in via alternativa, una pluralità di sanzioni: le reintegrazioni in senso debole, l'indennità in senso forte ed quella in senso debole. Di conseguenza, l'accertamento circa l'illegittimità del licenziamento dovrà essere seguita dalla valutazione relativa alla conseguenza sanzionatoria da applicare.

La valutazione giudiziale si caratterizza, quindi, per lo sdoppiamento, sul piano funzionale, del percorso interpretativo finalizzato ad accertare l'infondatezza del licenziamento da quello che conduce all'individuazione della sanzione¹⁷². Il giudice dovrà, innanzitutto, verificare se la ragione aziendale invocata dall'imprenditore sia o meno idonea ad integrare il giustificato motivo oggettivo di licenziamento, mediante la valutazione ponderata di tutti i fattori significativi elaborati da una giurisprudenza pluriquarantennale. Infatti, poiché le causali che

¹⁷² A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, p. 438.

giustificano la soppressione di un posto di lavoro per ragioni economiche non hanno subito alcuna modifica a seguito della Riforma Fornero, l'apprezzamento in termini di legittimità del licenziamento continuerà a fondarsi sul ricco campionario plurifattoriale rappresentato dall'esistenza della ragione economica invocata, dalla sua valutazione in termini di idoneità a fondare un giustificato motivo oggettivo di licenziamento, dalla sussistenza di un nesso causale e dalla prova dell'impossibilità di adibire il lavoratore ad altre mansioni¹⁷³. Una volta verificata l'infondatezza dell'atto di recesso, il giudice dovrà procedere all'individuazione della sanzione applicabile sulla base dei nuovi criteri contemplati dall'art. 18, c. 7 St. lav. Questa indagine, benché condotta per il perseguimento di finalità diverse rispetto all'accertamento volto a verificare la giustificatazza del licenziamento, non richiede verifiche aggiuntive, fondandosi sugli stessi elementi di fatto¹⁷⁴. In particolare, a partire dal quadro probatorio formatosi in giudizio, il giudice dovrà operare una selezione e concentrare la propria attenzione solo sull'esistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento. L'inesistenza, in termini fenomenologici, del fatto economico posto a fondamento del licenziamento, configurando un'ipotesi di "manifesta insussistenza del fatto", comporterà l'applicazione della sanzione reintegratoria; in tutte le altre ipotesi, il giudice procederà all'applicazione della tutela indennitaria, nella misura ritenuta idonea a fronte della gravità della violazione posta in essere dal datore di lavoro¹⁷⁵. Dall'interpretazione proposta, si ricava il rapporto tra le due risposte sanzionatorie previste dall'art. 18 St. lav.: mentre l'indennità risarcitoria rappresenta la regola, la reintegrazione opera in via residuale, nella sole ipotesi di insussistenza del fatto materiale addotto dal datore di lavoro a fondamento del recesso.

La differenziazione operata dal legislatore tra le causali legittimanti il licenziamento ed i criteri di selezione della sanzione applicabile, trova la propria ragion d'essere nelle incertezze interpretative riscontrabili in seno alla giurisprudenza, alla cui creatività ermeneutica risultano affidati i contenuti concreti del giustificato motivo oggettivo. Il legislatore sarebbe potuto intervenire

¹⁷³ A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo*, cit., p. 439.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ *Ibidem*.

sulle causali che giustificano il licenziamento, imponendo una formula definitoria più precisa e stringente, oppure sulla prova di tali causali, mediante la tecnica delle presunzioni, così da realizzare un contenimento delle incertezze e, di conseguenza, dei rischi e dei costi che la dismissione della forza lavoro comporta per l'impresa¹⁷⁶. Tuttavia, proprio per non comprimere la “vivacità creativa della giurisprudenza”, questi ha preferito mettere mano al diverso profilo della modulazione delle sanzioni. Così, mentre la più rigorosa ed incisiva sanzione reintegratoria interverrà solo se il fatto materiale che ha determinato il licenziamento non sussiste, vale a dire a seguito di un accertamento giudiziale privo di profili di discrezionalità (un fatto o sussiste o non sussiste), la più tenue sanzione indennitaria troverà applicazione qualora, a fronte della provata sussistenza del fatto materiale, il giudice non dovesse valutarlo idoneo ad assurgere a causale giustificativa del licenziamento.

La formula “manifesta insussistenza del fatto”, in conclusione, esprime la tassatività delle condizioni nelle quali opera la reintegrazione¹⁷⁷, a stregua della quale il giudice è tenuto a verificare la sussistenza o meno del presupposto indicato dalla norma, senza potervi sovrapporre alcuna valutazione. E' vero che l'aggettivo “manifesta” appare ridondante ed enfatico, non potendo aggiungere niente all'oggettivo riscontro dell'inesistenza del fatto; tuttavia, poiché le parole hanno un peso, se ne ricava la volontà legislativa di “colorare a tinte forte e blindare un concetto semplice, ma di cui si teme il rigetto da parte della giurisprudenza”, vale a dire l'operatività della reintegrazione come *extrema ratio*.

L'interpretazione secondo cui l'art. 18, c. 7 St. lav. avrebbe introdotto uno sdoppiamento, in sede giudiziale, tra accertamento dell'illegittimità del licenziamento ed individuazione della sanzione applicabile, ha trovato accoglimento anche nell'ambito di una diversa ricostruzione dottrinale la quale, tuttavia, perviene a risultati parzialmente differenti sotto il profilo della “manifesta insussistenza del fatto”¹⁷⁸.

¹⁷⁶ A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo*, p. 420.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 480.

¹⁷⁸ M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 3.

Appare innegabile, anche alla stregua di questa seconda teoria, come l'apprezzamento circa la (il)legittimità del licenziamento, vale a dire la qualificazione del fatto concreto, giudizialmente accertato, come giustificato motivo o meno, sia attività interpretativa diversa dall'individuazione della sanzione applicabile. Infatti, mentre nel primo caso il giudice dovrà verificare se la motivazione economica addotta dal datore di lavoro sia o meno sussumibile nell'area del giustificato motivo oggettivo (art. 3, l. n. 604/1966), nel secondo dovrà - e qui si coglie la differenza rispetto all'ipotesi ricostruttiva di Maresca - porre in raffronto i fatti concreti e quelli posti a base del licenziamento. Dalla maggiore o minore coincidenza tra i fatti descritti nella lettera di licenziamento e quelli provati in giudizio, emergerà l'esistenza, la parziale esistenza o la "manifesta insussistenza" dei fatti addotti dal datore di lavoro a sostegno del licenziamento, con effetti differenti sul piano sanzionatorio. Se, ad esempio, il licenziamento è stato intimato per una riduzione del 50% dell'attività produttiva dell'ufficio in cui il dipendente prestava la propria attività lavorativa, il fatto si rivelerà manifestamente insussistente qualora risulti provato in giudizio che non vi è stata alcuna riduzione dei volumi produttivi, con conseguente applicazione della tutela reintegratoria. Ove emerga, invece, una riduzione dell'attività produttiva ma in misura più lieve rispetto a quella prospettata - e tale, comunque, da non configurare un giustificato motivo oggettivo di licenziamento -, la conseguenza sanzionatoria sarà meramente indennitaria¹⁷⁹. Appare evidente come la linea di discriminare tra la parziale esistenza e la manifesta insussistenza dei fatti posti a base del licenziamento, rientrerà nello spazio di valutazione giudiziale, alla luce delle circostanze concrete e nel rispetto del divieto di un "sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro" (art. 30, l. n. 183/2010). Secondo tale ricostruzione, quindi, l'aggettivo "manifesta", utilizzata nella dibattuta formulazione legislativa, lungi dall'essere inutile e ridonante, assume un proprio significato nel consentire una comparazione, anche quantitativa, tra i fatti provati in giudizio e quelli esposti nella lettera di licenziamento¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Esempio tratto da M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 3.

¹⁸⁰ M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, cit., p. 626.

Una volta definito il “fatto” in senso materiale, l’autore si interroga sull’impatto del nesso causale e dell’obbligo di *repêchage* nella valutazione della “manifesta insussistenza”. Con riferimento al primo profilo, l’ipotesi che viene in rilievo è quella di un atto di recesso non idoneo a configurare un giustificato motivo oggettivo, per assenza di connessione tra i fatti addotti e la soppressione di *quel* posto di lavoro. Il licenziamento è senza dubbio illegittimo, mentre sorgono incertezze circa la sanzione applicabile. Infatti, alla luce di un’interpretazione letterale dell’art. 18, c. 7 St. lav., se i fatti addotti, benché non causalmente connessi al recesso in concreto intimato, fossero esistenti, dovrebbe trovare applicazione la sanzione indennitaria. Tuttavia, una soluzione di questo tipo condurrebbe all’anomalia secondo cui “un fatto coerente con il licenziamento, ma risultato manifestamente insussistente, dia luogo alla reintegrazione mentre un fatto sussistente, ma del tutto privo di rilevanza ai fini del licenziamento, imponga al giudice di applicare la tutela indennitaria”¹⁸¹. La coerenza sistematica potrà allora essere salvata considerando il fatto, che non risulti causalmente connesso al licenziamento in concreto intimato, come manifestamente insussistente, con conseguente operatività della sanzione reintegratoria¹⁸². Con riferimento al secondo profilo il caso prospettato è quello in cui, accertata la reale soppressione del posto di lavoro, il lavoratore abbia allegato l’esistenza di altre soluzioni occupazionali, mentre il datore di lavoro non sia riuscito a dimostrare il contrario. A parere dell’autore, tale ipotesi non potrebbe essere qualificata in termini di “manifesta insussistenza del fatto”, dovendo quest’ultima fondarsi su una valutazione necessariamente *complessiva* del fatto posto a base del licenziamento¹⁸³.

c) Il fatto organizzativo-produttivo posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo

Un altro autore, nell’interpretare l’espressione “fatto contestato” come “fatto in senso materiale”¹⁸⁴, rivela di essere stato, in un primo momento, suggestionato

¹⁸¹ M. MARAZZA, *L’art. 18, nuovo testo*, cit., p. 627.

¹⁸² *Ibidem*.

¹⁸³ M. MARAZZA, *L’art. 18, nuovo testo*, cit., pp. 628-629.

¹⁸⁴ M. PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziamento*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 1, p. 6.

dall'opposta ricostruzione secondo cui il giudice non dovrebbe limitarsi ad accertare l'esistenza materiale del fatto, dovendosi spingersi a valutare se si tratti di un fatto "reso rilevante da specifiche norme"¹⁸⁵. Tuttavia, due sono state le ragioni che lo hanno dissuaso dall'aderire alle tesi del "fatto in senso giuridico".

Innanzitutto, l'autore evidenzia come l'accettazione della ricostruzione in esame comporti la necessità, per il giudice, di valutare due volte lo stesso fatto: una prima volta al fine di verificare se il fatto integri, o meno, gli estremi del giustificato motivo; una seconda per accertare se il fatto, posto a base del licenziamento, "ancorché materialmente esistente, esista, o no, dal punto di vista del diritto"¹⁸⁶. A fronte di un licenziamento per motivi economici, impugnato dal lavoratore licenziato per infondatezza dello stesso, il giudice dovrà per prima cosa verificare se i fatti posti a base dell'atto di recesso determinino o meno l'esistenza di un giustificato motivo di licenziamento, mediante i criteri forniti dalla legge e da individuarsi nelle "ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa". In questa prima fase, verrebbero in rilievo i requisiti di identificazione degli estremi del giustificato motivo elaborati dalla giurisprudenza: l'effettività e la veridicità delle ragioni che hanno determinato la soppressione del posto di lavoro, il nesso di causalità, la prova dell'inevitabilità del licenziamento mediante l'adibizione ad altre mansioni e, secondo l'orientamento maggioritario, l'irrilevanza di una finalità di mero profitto e l'ingiustificatezza di una mera sostituzione del lavoratore. Una volta accertata l'insussistenza del giustificato motivo, dovrebbe seguire una seconda valutazione per accertare l'esistenza giuridica del fatto, al fine di determinare la sanzione applicabile. Ed è proprio in questa fase del ragionamento giudiziale che emerge il primo *vulnus* della teoria del fatto in senso giuridico, in quanto la legge nulla dice in ordine ai criteri che dovrebbero sorreggere questa seconda valutazione¹⁸⁷. Si pensi, esemplificando, all'ipotesi in cui il licenziamento sia stato intimato in presenza di una situazione economica sfavorevole meramente contingente. In sede

¹⁸⁵ A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. Lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *ADL*, 2012, 4-5, p. 795. Per una ricostruzione della teoria del fatto in senso giuridico, vedi *infra*.

¹⁸⁶ M. PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziamento*, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziamento*, cit., p. 7.

¹⁸⁷ *Ibidem*.

di prima valutazione, il giudice verificherà, sulla scorta dell'elaborazione giurisprudenziale, secondo la quale le difficoltà aziendali devono presentare carattere strutturale, l'insussistenza degli estremi del giustificato motivo. Successivamente il magistrato, per individuare la tutela applicabile al lavoratore, dovrebbe accertare l'esistenza, o meno, del fatto in senso giuridico: ma sulla base di quali criteri, posto che l'art. 18, c. 7 St. lav. tace su questo punto? Non sarebbe ammissibile, a parere dell'autore, avvalersi dei medesimi criteri utilizzati per accertare l'esistenza di un giustificato motivo oggettivo in quanto, da una parte si cadrebbe in un anacoluto da circolarità¹⁸⁸ e, dall'altra, sarebbe ragionevole attendersi che i criteri utilizzati nella seconda fase, dalla quale dipende l'eventuale reintegrazione del lavoratore, siano più severi e rigorosi di quelli destinati a presiedere l'accertamento relativo alla ricorrenza del giustificato motivo, dal quale può derivare la meno incisiva tutela risarcitoria¹⁸⁹. Apparirebbe, in definitiva, irragionevole una previsione legislativa che, nel far dipendere la più grave sanzione della reintegra da un'ulteriore indagine, non indicasse né l'oggetto dell'accertamento, né il criterio utilizzabile dal giudice. L'art. 18, c. 7 St. lav, se così interpretato, finirebbe con il rimettere interamente all'arbitrio giudiziale l'individuazione dei criteri mediante i quali accertare l'esistenza giuridica del fatto, ponendosi in evidente contrasto con l'art. 101 Cost., vale a dire il principio secondo cui il giudice è soggetto (soltanto) alla legge¹⁹⁰. Accogliendo, invece, la tesi del "fatto materiale" il giudice, lungi dall'essere chiamato ad inventarsi le regole che devono presiedere ad una valutazione dalla quale possono derivare conseguenze di rilevante impatto sociale, potrà affidarsi ai criteri legali che regolano il buongoverno delle risultanze istruttorie (artt. 115 e 116 Cod. proc. Civ.)¹⁹¹.

Un secondo profilo di criticità della teoria del fatto giuridico, è da individuarsi in quell'argomento che, nel rinviare alla teoria generale del diritto, consente ad alcuni autori di fondare la razionalità, in termini di logica giuridica, della

¹⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁹ M. PERSIANI, *Il fatto rilevante*, cit., p. 7.

¹⁹⁰ *Ivi*, pp. 8-9.

¹⁹¹ *Ivi*, cit., p. 10. Con riferimento a questo profilo, l'autore si avvicina alla ricostruzione di Maresca secondo cui, la verifica giudiziale in relazione all'esistenza del fatto materiale, è condotta senza alcuna discrezionalità, posto che un fatto c'è o non c'è: cfr. A. MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., p. 436.

ricostruzione propugnata. Come avremo modo di analizzare più approfonditamente, alcuni interpreti evidenziano come “il fatto, nella sua essenza fenomenologica, non è giuridicamente apprezzabile se non attraverso la sua valutazione alla luce dei parametri normativi”¹⁹², risultando altrimenti irrilevante per il diritto. Se è vero che un fatto materiale assume rilevanza nella sfera del diritto solo se osservato mediante la lente del diritto, se ne ricava che il fatto, a cui fa riferimento l’art. 18, c. 7 St. lav., “non può che essere un fatto giuridico, reso rilevante da specifiche norme”¹⁹³. Secondo Persiani, queste considerazioni non appaiono risolutive in quanto non prendono in considerazione la differenza che intercorre tra quei fatti che, per produrre effetti giuridici, devono presentare determinati requisiti previsti dalla legge (come accade per gli atti e i negozi giuridici¹⁹⁴) e quei fatti che l’ordinamento prende in considerazione nella loro materialità, prevedendo che al loro verificarsi sul piano fenomenologico, seguano determinati effetti giuridici (ad esempio, al fatto materiale del compimento della maggiore età segue la produzione dell’effetto giuridico dell’acquisto della capacità di agire)¹⁹⁵. Tale rilievo richiama una più risalente dottrina di teoria generale del diritto secondo la quale “*i fatti sono eventi o complessi di eventi, cioè fenomeni del tempo*”, vale a dire non solo quelli valutati dal punto di vista giuridico, ma anche “*le situazioni da cui una norma fa derivare effetti giuridici*”¹⁹⁶. In conclusione, non esistono ragioni di logica giuridica tali da escludere che i “fatti posti a fondamento del licenziamento” per motivi economici possano essere intesi come fatti materiali.

La soluzione al problema interpretativo deve, quindi, essere individuata nel fatto materiale posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, vale a dire il fatto che determina l’esistenza di ragioni inerenti l’attività produttiva, l’organizzazione del lavoro o il regolare funzionamento di essa. Il giudice dovrà

¹⁹² A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica*, cit., p. 794.

¹⁹³ M.T. CARINCI, *Il licenziamento discriminatorio o “per motivo determinante” alla luce dei principi civilistici: la causa del licenziamento quale atto unilaterale tra vivi e contenuto patrimoniale*, in Riv. giur. lav., 2012.

¹⁹⁴ Il riferimento è a quella dottrina che ha individuato il concetto di negozio giuridico inesistente con riferimento all’ipotesi in cui la fattispecie sia affetta da incompletezza, così da escludere che “*in un fatto sia ravvisabile un determinato negozio giuridico*”: cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 5^a ed., Napoli, 1957, p. 220.

¹⁹⁵ M. PERSIANI, *Il fatto rilevante*, cit., p. 10.

¹⁹⁶ A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 445.

innanzitutto verificare se il fatto consenta o meno di ritenere esistenti le ragioni di cui all'art. 3 della l. n. 604/1966. Qualora il primo accertamento si concluda negativamente, risulterà necessario verificare se il fatto sia realmente esistente. Nel caso in cui il fatto risulti essere materialmente insussistente, il giudice potrà ordinare la reintegrazione del lavoratore; diversamente, nelle ipotesi in cui il fatto, inidoneo a integrare il giustificato motivo oggettivo, sia tuttavia esistente, troverà applicazione la più tenue sanzione risarcitoria. In conclusione, mentre la “manifesta insussistenza del fatto” coincide con l'inesistenza del fatto organizzativo-produttivo posto a fondamento del licenziamento, nelle “altre ipotesi” rientrano tutte le fattispecie di elaborazione giurisprudenziale: l'assenza di un nesso causale o della modifica dell'organizzazione aziendale, il carattere contingente della difficoltà economica attraversata dall'impresa, la mancata prova dell'impossibilità di ricollocare il lavoratore in mansioni equivalenti¹⁹⁷. La *ratio* della graduazione sanzionatoria introdotta dal novellato art. 18 St. lav., può essere individuata nella volontà legislativa di sanzionare in maniera più intensa il comportamento socialmente riprovevole del datore di lavoro che, intimando il licenziamento sulla base di un fatto materiale inesistente, ha posto in essere una condotta assimilabile al licenziamento discriminatorio o ritorsivo, con parallela attenuazione della risposta sanzionatoria in tutte le altre ipotesi¹⁹⁸.

d) Non veridicità dei fatti addotti a fondamento del licenziamento

Parte della dottrina, nell'accogliere la tesi del fatto materiale, evidenzia, innanzitutto, come un'operazione ermeneutica che, guardando al fatto sotto il profilo giuridico, facesse coincidere la “manifesta insussistenza del fatto” con la carenza di tutti gli elementi tradizionalmente caratterizzanti il licenziamento per ragioni oggettive (effettività della scelta riduttiva, nesso causale, non ricollocabilità del lavoratore), finirebbe per svuotare il significato della nuova normativa.

Il punto di partenza della riflessione è rappresentato dalla (apparente) contraddizione tra l'art. 3, l. n. 604/196 e l'art. 18, c. 7 St. lav. Mentre la prima disposizione si riferisce testualmente a “ragioni” di carattere tecnico,

¹⁹⁷ M. PERSIANI, *Il fatto rilevante*, cit., p. 18.

¹⁹⁸ *Ivi*, p. 19.

organizzativo e produttivo, la seconda utilizza il termine “fatto”, “immediatamente allusivo ad un evento concreto”. L’interpretazione della nozione di “fatto” in senso materiale, deve tuttavia prendere atto della considerazione secondo cui, benché il novellato art. 18, c. 7 St. lav. abbia incorporato il “fatto” dalla nozione di giustificato motivo, al fine di differenziare il regime sanzionatorio, la nozione di giustificato motivo oggettivo non esiste al di fuori della disposizione che la prevede (art. 3, l. n. 604/1966)¹⁹⁹. Di conseguenza, per circoscrivere la categoria della “manifesta insussistenza del fatto” e quella delle “altre ipotesi” di licenziamento ingiustificato, risulta necessario prendere in considerazione la pregressa elaborazione giurisprudenziale che, in materia di giustificato motivo oggettivo, ha sottoposto le ipotesi concrete di licenziamento ad un controllo relativo alla veridicità dei fatti addotti a fondamento del licenziamento da parte dell’imprenditore, alla sussistenza del nesso causale e all’impossibilità di collocare il lavoratore *aliunde*. Il risultato interpretativo della giurisprudenza sul significato da attribuire alla nozione di giustificato motivo oggettivo, ha condotto a ritenere il giudice vincolato per legge ad accertare concretamente, nei fatti, le scelte economiche dell’imprenditore. In questo senso la l. n. 92/2012 se, da una parte, avrebbe inteso rafforzare l’originaria volontà legislativa, espressa dalla l. n. 604/1966, di vincolare il licenziamento ad un preciso fatto materiale, dall’altra avrebbe introdotto una graduazione del regime sanzionatorio, così da tenere in considerazione le valutazioni che, a partire dal fatto materiale, consentono di apprezzare l’ulteriore profilo della sua idoneità ad integrare una causa legittimante il licenziamento. Se la nozione di “manifesta insussistenza del fatto” concerne, quindi, i fatti materiali posti a fondamento della decisione di recesso, non si può negare come l’imprenditore, talvolta, proceda ad un atto di licenziamento per motivi economici non sulla base di un fatto in senso naturalistico, come potrebbe essere la soppressione di un reparto aziendale o la perdita di una commessa, ma adducendo “valutazioni” di fatti di tipo economico, sia aziendali che extra-aziendali. Appare evidente come tali valutazioni prognostiche circa l’andamento del mercato e il miglior funzionamento dell’azienda, benché sottoponibili ad un giudizio tecnico, presentino un intrinseco

¹⁹⁹ A. TOPO, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *Dir. prat. lav.*, 2012, p. 166.

marginale di opinabilità. E non potrebbe essere diversamente, dato che tali previsioni rientrano a pieno titolo nelle prerogative datoriali. Il problema che si pone è, quindi, quello di verificare se ed in che termini la l. n. 92/2012 consenta di sottoporre ad un vaglio giudiziario tali giudizi prognostici. Posto che queste valutazioni non appaiono riconducibili al concetto di “manifesta insussistenza del fatto” relativo, come evidenziato, al fatto in senso fenomenologico, sarà possibile inquadrarle nelle “altre ipotesi” di giustificazione del licenziamento, “non caratterizzate da una indiscussa materialità, e piuttosto consistenti in valutazioni opinabili, relative a fatti che pur dovrebbero essere dichiarati dal datore di lavoro”. Di conseguenza, mentre appare ragionevole ritenere che la “manifesta insussistenza del fatto” coincida con la non veridicità delle affermazioni del datore di lavoro, le ipotesi di mancato riscontro del nesso causale e dell’espletamento dell’obbligo di *repêchage* sono destinate a confluire nelle “altre ipotesi”²⁰⁰.

L’autrice evidenzia come questa soluzione, se osservata dalla prospettiva del danno subito dal lavoratore, potrebbe apparire irragionevole, in quanto il dipendente, sia che l’ingiustificatezza derivi dall’insussistenza delle ragioni economiche addotte, sia che discenda dall’assenza del nesso causale o dalla mancata prova dell’impossibilità di adibire il lavoratore ad altre mansioni, subisce in ogni caso la perdita del posto di lavoro. Appare quindi necessario abbandonare la prospettiva tradizionale, secondo la quale il regime sanzionatorio sarebbe inteso a ripristinare la situazione economica alterata dall’atto di recesso, ed accogliere il nuovo angolo visuale fatto proprio dalla l. n. 92/2012 che, indifferente alla dimensione del danno subito dal lavoratore, risulta affermare un’idea afflittiva di sanzione contro il licenziamento. Alla luce di questa diversa prospettiva, la diversificazione delle sanzioni esprime un articolato giudizio di disvalore rispetto alle diverse ipotesi di colpevolezza gestionale: sarà dunque massima la sanzione per il licenziamento basato su fatti insussistenti, mentre la pena risulterà attenuata qualora l’atto di recesso, benché ingiustificato, non sia caratterizzato da una grossolana imperizia datoriale²⁰¹.

²⁰⁰ *Ibidem*.

²⁰¹ A. TOPO, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, cit., p. 167.

6.2.2 Interpretazioni costituzionalmente orientate dell'art. 18, c. 7 St. lav.

a) Fatto come ragione economica ed organizzativa

Una prima lettura dell'art. 18, c. 7, seconda parte, riconducibile alla c.d. interpretazione costituzionalmente orientata, viene fornita da quella parte della dottrina secondo la quale le intenzioni del legislatore devono essere verificate alla luce di un'interpretazione complessiva, che consenta di prendere in considerazione una pluralità di elementi desumibili dal sistema giuridico²⁰².

A partire dal quadro costituzionale, il principio di stabilità dell'occupazione trova fondamento nella legge fondamentale quale espressione del bilanciamento tra l'iniziativa economica privata, di cui il licenziamento è espressione, e i valori di sicurezza, dignità e libertà umana garantiti dall'art. 41, c. 2 Cost. Il corretto contemperamento di questi principi, individuato nel principio di *extrema ratio* dell'atto di recesso, nonché il sostrato esistenziale che l'attività lavorativa rappresenta per l'individuo ed il coinvolgimento della personalità umana in ogni vicenda relativa allo svolgimento del rapporto di lavoro²⁰³, costituiscono spiegazione del diritto vivente formatosi in materia. In particolare la giurisprudenza, nell'escludere che qualsiasi ragione economico-organizzativa sia idonea ad integrare il giustificato motivo oggettivo, ha ritenuto necessaria la prova di una crisi non contingente, relativa a situazioni sfavorevoli che rendano necessaria la soppressione del posto di lavoro, con ciò escludendosi la rilevanza di una finalità di mero incremento dei profitti. Sempre soffermandosi sul piano costituzionale, sebbene la reintegrazione non risulti costituzionalizzata, la discrezionalità legislativa nell'individuare il bilanciamento tra ragioni dell'impresa e stabilità del posto di lavoro non significa "libertà totale ovvero insindacabilità delle sue scelte regolative"²⁰⁴. Dal quadro costituzionale si ricava, quindi, la necessità di offrire una lettura costituzionalmente orientata del novellato art. 18 St. lav., tale da doversi escludere sia una ricostruzione in termini di marginalizzazione della reintegrazione nel posto di lavoro, sia l'affievolimento del principio di *extrema ratio*²⁰⁵.

²⁰² V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, cit., p. 552.

²⁰³ L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento dei principi costituzionali*, cit., pp. 602-614.

²⁰⁴ *Ivi*, p. 671.

²⁰⁵ V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, cit., p. 552.

Posta questa premessa di matrice costituzionale, alcuni autori si mostrano unanimi nell'identificare "il fatto posto a base del licenziamento con la ragione organizzativa che ne è a fondamento"²⁰⁶, per due ordini di ragioni. Innanzitutto, risulta evidente che il licenziamento è giustificato in presenza di motivi concreti, tali da corrispondere alle ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa, quali indicate dall'art. 3 della l. n. 604/1966. A ciò si aggiunge la difficoltà di distinguere, in concreto, la realtà storica (vale a dire l'effettiva sussistenza della causale addotta) dalla sua qualificazione giuridica. Secondo questa impostazione, è possibile quindi tracciare una distinzione tra manifesta insussistenza del fatto ed altre ipotesi nei seguenti termini.

La manifesta insussistenza del fatto si identifica con "*la carenza della ragione organizzativa o quando essa, pur presente, non ha un rapporto causale con il recesso*"²⁰⁷. L'insussistenza della ragione organizzativa addotta dal datore di lavoro può verificarsi, innanzitutto, nell'ipotesi in cui il licenziamento sia intimato sulla base di una condizione di crisi o di una esigenza riorganizzativa inesistente o di scarsissima consistenza²⁰⁸. Molteplici fattispecie, elaborate dal diritto vivente, sono ad essa riconducibili: la mancata diminuzione delle commesse o la loro riduzione in modo non significativo, la realizzazione di utili, l'utilizzo in modo intensivo del lavoro straordinario, l'assunzione di nuovi lavoratori²⁰⁹. La carenza della ragione organizzativa posta a fondamento dell'atto di recesso può, altresì, verificarsi nel caso di affermazione della soppressione di un posto di lavoro in realtà non eliminato²¹⁰. Elementi rilevatori della mancata eliminazione di una posizione professionale possono essere, come si ricava dalla consolidata giurisprudenza in materia, l'assunzione di un altro lavoratore per lo svolgimento

²⁰⁶ A. PERULLI, *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in Riv. giur. lav., 2012, III; M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, in *Il diritto del lavoro al tempo della crisi*, Atti del XVII Congresso nazionale di Diritto del lavoro, Pisa, 7-9 giugno 2012, Giuffrè Editore, Milano 2013.

²⁰⁷ V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, cit., p. 560.

²⁰⁸ *Ibidem*; A. PERULLI, *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, cit.

²⁰⁹ V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, cit., p. 561.

²¹⁰ *Ibidem*; in senso conforme A. PERULLI, *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, cit.

dei medesimi compiti, l'attribuzione della stessa attività professionale ad un altro dipendente, l'ineffettività dell'esternalizzazione delle mansioni sopresse²¹¹.

La manifesta insussistenza del fatto si verifica, inoltre, nell'ipotesi in cui, pur essendo presente la ragione organizzativa invocata dal datore di lavoro, non emerga un nesso causale tra questa e l'atto di recesso²¹². Alla stregua dell'elaborazione giurisprudenziale, e con i limiti da questa tracciati, viene immediatamente in rilievo l'ipotesi in cui l'impresa non fornisca la prova dell'impossibilità di *repêchage*.

In tutte queste ipotesi, non soltanto non sussiste alcun giustificato motivo oggettivo di licenziamento, ma non risulta apprezzabile neppure la ragione economica in sé considerata o il nesso causale tra questo e la posizione del lavoratore licenziato. In presenza di una falsa rappresentazione della realtà, il rimedio dovrà, dunque, essere particolarmente oneroso per l'impresa: ciò spiega la previsione secondo cui il giudice "potrà" disporre la reintegrazione del lavoratore²¹³.

Delineati i confini della "manifesta insussistenza del fatto", appare più semplice l'individuazione delle "altre ipotesi" alle quali, ai sensi dell'art. 18, c. 7 St. lav., consegue la più tenue sanzione dell'indennità risarcitoria. Con questa espressione, il legislatore ha inteso fare riferimento alle ipotesi in cui, pur sussistendo la ragione economica addotta dall'imprenditore a fondamento del licenziamento, ed essendo stata fornita la prova dell'impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni diverse, questa non sia idonea ad integrare, secondo la valutazione dell'ordinamento, gli estremi del giustificato motivo oggettivo²¹⁴. Gli esempi

²¹¹ V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, cit., p. 562.

²¹² La riconducibilità alla manifesta insussistenza del fatto dell'assenza del nesso di causalità tra ragione economica e licenziamento concretamente intimato, viene espressamente contemplata da V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, cit., p. 552. Non troviamo, invece, un espresso riferimento a tale ipotesi nella ricostruzione fornita da A. PERULLI in *Efficient breach*, cit. L'autore, in *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. Lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *ADL*, 2012, 4-5, ipotizza la riconducibilità dell'assenza del nesso causale alle "altre ipotesi" nelle quali non ricorrono gli estremi del giustificato motivo. Tuttavia, nel considerare l'obbligo di *repêchage* come "elemento costitutivo della fattispecie di giustificato motivo oggettivo", la mancata prova dell'impossibilità di reimpiegare il dipendente in altre mansioni rappresenterà un'ipotesi di manifesta insussistenza del fatto, con conseguente applicazione del rimedio reintegratorio. Vedi *infra* p. 66.

²¹³ A. PERULLI, *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, cit.

²¹⁴ *Ibidem*.

enucleati dagli autori sono, ancora una volta, tratti da una giurisprudenza consolidata. Si pensi ad una crisi aziendale avente carattere congiunturale oppure non particolarmente grave rispetto alla situazione patrimoniale, al bilancio, al volume d'affare e tale, quindi, da non raggiungere la gravità richiesta dalla nozione di giustificato motivo oggettivo²¹⁵. O, ancora, ad un licenziamento unicamente diretto ad un incremento dei profitti o ad una riduzione dei costi²¹⁶. Queste ipotesi, benché non risultino idonee ad integrare il giustificato motivo oggettivo di licenziamento, si fondano su ragioni economiche effettivamente esistenti. Di conseguenza, la risposta sanzionatoria sarà più lieve, prevedendosi l'indennizzo del lavoratore in una misura da determinarsi tra un minimo di 12 ed un massimo di 24 mensilità.

Sulla base della ricostruzione in esame, la *ratio* della distinzione tra le due fattispecie – la manifesta insussistenza del fatto e le altre ipotesi – è, quindi, da individuarsi nella volontà di graduare la gravità delle conseguenze in relazione al disvalore che il legislatore addebita al comportamento datoriale²¹⁷. Da ciò consegue che la portata innovativa della l. n. 92/2012 non riguarda tanto il *controllo* del giudice e la sua estensione, quanto i *rimedi* sui quali il lavoratore potrà fare affidamento²¹⁸. Infatti, rimasto invariato l'art. 3 della l. 604/1966, il legislatore non ha né specificato, né modificato i presupposti del licenziamento per motivi economici. Se l'estensione del sindacato giudiziario è rimasto invariato, il nodo cruciale della questione, quindi, è quello di ripartire correttamente le fattispecie di ingiustificatezza del licenziamento tra quelle integranti l'ipotesi di “manifesta insussistenza del fatto” e quelle riconducibili alle “altre ipotesi”. Mentre nella prima categoria rientrano tutti i licenziamenti rispetto ai quali sia provata l'insussistenza della ragione produttivo-organizzativo posta a base del licenziamento o l'inesistenza del nesso causale, nella seconda sono da

²¹⁵ V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, cit., p. 552 L'autore sottolinea, tuttavia, che nell'ipotesi in cui la riduzione del volume d'affari sia così esigua da non integrare una effettiva ragione economica, si è in presenza di un'ipotesi di manifesta insussistenza del fatto.

²¹⁶ *Ibidem*; A. PERULLI, *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, cit.

²¹⁷ A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. Lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *ADL*, 2012, 4-5, p. 792.

²¹⁸ A. PERULLI, *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, cit.

ricondersi gli atti di recesso fondati su di un motivo economico che, benché esistente, non sia idoneo ad integrare il giustificato motivo di licenziamento. Questa distinzione si proietta, in via consequenziale, sull'individuazione dell'ambito di applicazione della reintegrazione nel posto di lavoro (inesistenza della ragione economica o del nesso causale) e dell'indennità risarcitoria (ragione economica esistente ma inadatta a configurare un giustificato motivo di licenziamento).

b) Fatto come causa (effettiva) di licenziamento

A questo punto dell'analisi, appare opportuno fare riferimento ad un'altra ipotesi ricostruttiva, la quale, pur non distanziandosi significativamente, nelle premesse, dalla ricostruzione del fatto come ragione economica-organizzativa del licenziamento, presenta peculiari profili ricostruttivi²¹⁹ e, soprattutto, perviene a conclusioni parzialmente diverse sotto il profilo dell'individuazione dell'ambito applicativo della tutela reintegratoria attenuata e di quella indennitaria forte (art. 18, cc. 4-7 St. lav.). Per comprendere la tesi avanzata dall'autrice in materia di licenziamento per motivi economici, è necessario affrontare due questioni preliminari: l'individuazione dei presupposti applicativi delle tutele e l'ambito di applicazione della tutela reintegratoria piena.

Di fronte alla complessità del regime sanzionatorio, frammentato in un ampio ventaglio di possibilità graduate, si pone il problema di individuare i presupposti applicativi delle quattro forme di tutela individuate dall'art. 18 St. lav. Ad una prima lettura della disciplina, la scelta della tutela applicabile sembrerebbe dipendere dalla motivazione adottata dall'imprenditore nell'atto di licenziamento: «il giudice, nelle ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa *addotti* dal datore di lavoro» (art. 18, c. 4, St. lav.) applica la tutela reintegratoria attenuata o la tutela indennitaria forte; qualora il magistrato «accerti il difetto di giustificazione del licenziamento *intimato* (...) per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica» (art. 18, c. 7, primo periodo, St. lav.) è tenuto ad applicare la tutela reintegratoria attenuata. L'autrice evidenzia come una ricostruzione di questo tipo

²¹⁹ Si fa qui riferimento alla lettura dell'art. 18 St. lav. fornita da M.T. CARINCI, in *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, op. cit.

rimetterebbe al datore di lavoro la scelta del rimedio applicabile in caso di licenziamento illegittimo, in violazione del principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.)²²⁰. In realtà, nel testo dell'art. 18 St. lav. è possibile rinvenire altri passaggi normativi dai quali si desume, al contrario e correttamente, come la scelta tra le diverse forme di tutela derivi dall'effettiva ragione posta a fondamento del licenziamento: in caso di licenziamento discriminatorio, il giudice applica la tutela reintegratoria «*indipendentemente dal motivo addotto dal datore di lavoro*» (art. 18, c. 1, St. lav.); in presenza di un licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo «qualora nel corso del giudizio, sulla base della domanda formulata dal lavoratore, *il licenziamento risulti determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari*, trovano applicazione le relative tutele previste dal presente articolo» (art. 18, c. 7, ultimo periodo, St. lav.). Il primo risultato a cui perviene l'analisi è, dunque, quello di individuare i presupposti applicativi delle tutele, non sulla base della giustificazione formalmente adottata dall'imprenditore, bensì alla luce della *causa effettiva* di licenziamento che il giudice, a partire dalla domanda del lavoratore, è chiamato ad accertare.

Il secondo aspetto da analizzare, è rappresentato dall'ambito di applicazione della tutela reintegratoria piena, individuata dall'art. 18, c. 1 St. lav. come conseguenza sanzionatoria del licenziamento discriminatorio o dell'atto di recesso fondato su di un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 c.c. Secondo la ricostruzione in esame, al di fuori delle ragioni specificatamente ammesse dalla legge - giusta causa, giustificato motivo soggettivo ed oggettivo - il licenziamento è sempre discriminatorio²²¹. La sostanziale identificazione tra licenziamento discriminatorio e licenziamento ingiustificato, riduce notevolmente il campo di applicazione delle tutele minori, vale a dire della tutela reintegratoria attenuata e della tutela indennitaria forte, previste dall'art. 18 St. lav. per il licenziamento per motivi economici. Queste troveranno applicazione solo in presenza di un atto di recesso non discriminatorio il quale, benché sorretto da una causa conforme all'ordinamento, presenti una discrepanza tra la giustificazione adottata dal datore

²²⁰ Ivi, p. 199.

²²¹ L'equiparazione tra licenziamento ingiustificato e discriminatorio, si fonda su due ordini di ragioni: cfr. M.T. CARINCI, in *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, op. cit.

di lavoro e quella che costituisce concretamente la ragione giustificatrice del licenziamento.

In materia di licenziamento nell'interesse dell'impresa si possono, quindi, verificare tre ipotesi: 1. il giustificato motivo oggettivo di tipo economico sussiste, in quanto connotato dai tre aspetti sui quali si articola il controllo giudiziale (modifica organizzativa effettiva, nesso causale, obbligo di *repêchage*); 2. il giustificato motivo oggettivo di tipo economico non sussiste, in quanto manca anche uno solo dei tre aspetti sopra indicati: il licenziamento è ingiustificato e quindi discriminatorio 3. il licenziamento è connotato da una causa lecita qualitativamente diversa e positivamente ammessa dall'ordinamento, rispetto alla ragione economica addotta dal datore di lavoro²²². Mentre le prime due ipotesi appaiono chiare, risulta necessario soffermarsi sul terzo caso. Due sono le situazioni in cui il licenziamento può essere fondato su di una causa qualitativamente diversa rispetto a quella dichiarata dall'imprenditore: il caso in cui il licenziamento, irrogato per giustificato motivo oggettivo, sia in realtà sorretto da una giusta causa o da un giustificato motivo soggettivo e l'ipotesi opposta, nella quale il licenziamento, disposto per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, sia in concreto determinato da un giustificato motivo oggettivo.

Nella prima ipotesi, si verifica una discrepanza tra quanto dichiarato dal datore di lavoro a fondamento dell'atto di recesso (ragione economica) e l'effettiva ragione che ha determinato il licenziamento stesso (giusta causa o giustificato motivo soggettivo). Il giudice, per individuare la conseguenza sanzionatoria applicabile, dovrà prendere le mosse dall'art. 18, c. 7, ultimo periodo, St. lav. il quale, nello stabilire che “qualora, nel corso del giudizio, sulla base della domanda formulata dal lavoratore, il licenziamento risulti determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari, trovano applicazione le relative tutele previste dal presente articolo”, risulta farsi carico dell'ipotesi di incongruenza tra ragione economica addotta dal datore di lavoro e reale motivo del licenziamento. Poiché il licenziamento è determinato, in concreto, da ragioni riconducibili alla giusta causa o al giustificato motivo soggettivo, il rinvio operato dall'art. 18, c. 7, conduce

²²² *Ivi*, pp. 207-208.

all'applicazione dell'art. 18, c. 4, il quale stabilisce che il giudice applichi la tutela reintegratoria attenuata nel caso di "insussistenza del fatto contestato". L'inesistenza del fatto contestato (vale a dire l'inadempimento del lavoratore) è destinata, nell'ipotesi in esame, a verificarsi sempre in quanto il datore di lavoro, avendo addotto una ragione giustificatrice diversa da quella reale, non ha in alcun modo "contestato" la giusta causa o il giustificato motivo soggettivo imputabile²²³. Da ciò si ricava l'applicazione della tutela reintegratoria attenuata tutte le volte in cui, dietro il motivo economico formalmente addotto, si celi una ragione diversa la quale, benché reale, non sia stata espressamente contestata dal datore di lavoro nella comunicazione di licenziamento.

Nella seconda ipotesi, si verifica una discrepanza a termini invertiti²²⁴: il licenziamento, formalmente irrogato per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, è in realtà sorretto da una ragione economica²²⁵. Poiché costituisce premessa del ragionamento l'assunto secondo cui la scelta del tipo di tutela dipende dall'effettiva ragione del recesso, nel caso in esame troverà applicazione l'art. 18, c. 7 St. lav. Nel caso in esame, il licenziamento è stato irrogato in concreto per un fatto diverso (ragione economica) da quello formalmente addotto (giusta causa o giustificato motivo soggettivo): non essendo stata rilevata dall'imprenditore alcuna ragione economica, il giudice non potrà che pronunciarsi per "la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento" o, in alternativa, per la semplice "insussistenza" dello stesso. Risultando difficilmente individuabile la linea di discriminazione tra "insussistenza" e "manifesta insussistenza", dal momento che una causa di licenziamento o ricorre o non

²²³ *Ivi*, p. 209.

²²⁴ La seguente ricostruzione è tratta da M.T. CARINCI, in *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, op. cit.

²²⁵ L'ipotesi, come M.T. CARINCI sottolinea, appare di improbabile realizzazione. Tuttavia, un esempio può essere tratto da Cass. 27 febbraio 2004, n. 4050 nella quale la Suprema Corte ha ritenuto ammissibile la conversione di un licenziamento, intimato per giustificato motivo soggettivo, in un licenziamento per giustificato motivo oggettivo legato alla persona del lavoratore. Nel caso di specie, il rifiuto opposto dal lavoratore rispetto alle visite mediche di controllo disposte dal datore di lavoro, non era risultato immotivato (e tale, quindi da integrare un inadempimento imputabile), quanto dovuto ad una grave agorafobia, vale a dire un'impossibilità oggettiva non imputabile. Va comunque sottolineato come l'esempio giurisprudenziale non si riferisca ad un licenziamento per motivi economici, rispetto al quale la teorica divergenza tra giustificato motivo soggettivo formalmente dedotto e ragione economica effettivamente sussistente appare difficilmente prospettabile.

ricorre, la scelta tra la tutela indennitaria e quella reintegratoria è rimessa alla valutazione giudiziale.

Il descritto orientamento dottrinale è stato definito come *riduzionista*²²⁶ in quanto, riconducendo il licenziamento ingiustificato al licenziamento discriminatorio, riduce in maniera significativa la rilevanza del complesso apparato sanzionatorio predisposto dal legislatore con la Riforma Fornero (art. 18, c. 4-8 St. lav.), con conseguente, rinnovata, valorizzazione della reintegrazione come principale rimedio contro il licenziamento *lato sensu* illegittimo. Se a ciò si aggiunge l'impossibilità di una graduazione di tipo quantitativo del giustificato motivo di tipo economico - in quanto questo o ricorre o non ricorre - si ricava che ragioni di mera riduzione dei costi o incremento dei profitti, oppure una crisi aziendale solo congiunturale, se ed in quanto non considerati idonei ad integrare il giustificato motivo oggettivo, configureranno sempre un'ipotesi di "manifesta insussistenza del fatto", con conseguente prevalenza della sanzione reintegratoria su quella indennitaria.

c) Fatto in senso giuridico

Un altro autore, nell'interpretare il dato normativo fornito dall'art. 18, c. 7 St. lav., evidenzia come, ad una prima lettura, il concetto di licenziamento ingiustificato, nelle due varianti di "manifesta insussistenza del fatto" ed "altre ipotesi non integranti il giustificato motivo oggettivo", emerga con tutta chiarezza²²⁷. La formula "manifesta insussistenza del fatto", sembrerebbe riferirsi all'inesistenza del fatto materiale addotto dall'imprenditore, nella sua dimensione prettamente fenomenologica. Così nell'ipotesi in cui il datore di lavoro invochi la necessità di una riorganizzazione aziendale al fine di superare una crisi che risulti, in sede istruttoria, inesistente. O ancora, qualora sia disposto il licenziamento per soppressione di una funzione mentre, in realtà, il relativo posto è mantenuto in seno all'azienda. Le "altre ipotesi" inidonee ad integrare un giustificato motivo di licenziamento, invece, sembrerebbero riferirsi ai licenziamenti intimati in virtù di ragioni organizzativo-produttive effettivamente esistenti ma che, in termini di

²²⁶ Definizione fornita da M.V. BALLESTRERO in *Il diritto del lavoro al tempo della crisi*, cit., p. 248.

²²⁷ A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. Lav.*, cit., p. 792.

valutazione giuridica, non presentino la rilevanza economica richiesta dall'ordinamento al fine di consentire il prevalere dell'esigenza dell'impresa sul diritto alla stabilità del posto di lavoro. L'interpretazione del "fatto" di cui all'art. 18, c. 7 St. lav. in termini di fatto materiale, come visto avallato da alcuni autori, si presenta sicuramente come l'opzione più lineare e rispondente al dettato normativo. Tuttavia, la dottrina in esame, nel soffermarsi sulla nuova formulazione dell'art. 18 St. lav., ne evidenzia alcuni profili di criticità²²⁸.

Innanzitutto, la distinzione tra fatto (manifesta insussistenza del fatto) e sua valutazione giuridica (non ricorrenza degli estremi del giustificato motivo) si presenta fallace in termini di logica giuridica. Il fatto, nella sua dimensione fenomenologica, non assume alcuna rilevanza giuridica se non a seguito di una sua valutazione alla luce dei riferimenti normativi. Esiste, infatti, un nesso inscindibile tra fatto materiale e apprezzamento giuridico dello stesso, in assenza del quale l'evento fenomenologico, pur se esistente nella realtà dei fatti, risulta irrilevante e, dunque, inesistente sul piano giuridico. Poiché il fatto "non gode di un'esistenza autonoma che lo sottragga, seppur in parte, ai caratteri che ad esso attribuisce l'ordine giuridico"²²⁹, questi deve necessariamente collegarsi all'"elemento formale, qualificativo che promana dalla norma e che dal fatto media il valore"²³⁰. Questa premessa, valevole per l'ordinamento giuridico nel suo complesso, può essere trasposta nell'area della disciplina limitativa del licenziamento. La nozione di ragione, contemplata dall'art. 3 della l. n. 604/1966, etimologicamente esprime la *rectio ratio*, vale a dire la razionalità organizzativa ed economica attraverso la quale devono essere filtrati i fatti materiali rilevanti ai fini della configurazione di un licenziamento giustificato²³¹. Il fatto e la sua valutazione, benché concettualmente separabili, appaiono correlati e giuridicamente inscindibili²³². Il limite attribuito alla novella legislativa appare, quindi, quello di aver spezzato la stretta correlazione tra fatto materiale e suo

²²⁸ A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. Lav.*, cit., p. 793.

²²⁹ B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958, p. 25.

²³⁰ CAMMARATA, *Il significato e la funzione del "fatto" nell'esperienza giuridica*, in *Annali R. Un. di Macerata*, 1929, p. 421.

²³¹ A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. Lav.*, cit., p. 794.

²³² Ad esempio, una riorganizzazione aziendale è sia un fatto materiale, economicamente valutabile, che un fatto giuridico, qualificabile in termini di giustificato motivo oggettivo.

apprezzamento giuridico. Così, l'accertamento giudiziale rispetto alla "manifesta insussistenza del fatto" appare ridursi, alla stregua di un'interpretazione letterale dell'art. 18, c. 7 St. lav., alla mera constatazione dell'inesistenza del fatto materiale addotto dal datore di lavoro. Specularmente, le "altre ipotesi" sarebbero da individuarsi in quegli atti di licenziamento che, pur intimati sulla base di un fatto fenomenologicamente esistente, non risulti idoneo ad integrare un giustificato motivo oggettivo di soppressione del posto di lavoro.

A fronte di questi rilievi critici, l'autore propone un'interpretazione dell'art. 18, c. 7 St. lav. che, alla luce dei criteri di logica giuridica violati dalla normativa in esame, consenta di ripristinare il corretto circolo dialettico tra fatto e sua valutazione giuridica. Con riferimento alle "altre ipotesi" di licenziamento, posto che, prima di verificare l'esistenza di un fatto materiale, è necessario accertare la sua pertinenza sul piano normativo, un fatto materiale fenomenologicamente esistente ma giuridicamente irrilevante, in quanto non idoneo ad integrare le ragioni inerenti l'attività produttiva, l'organizzazione del lavoro e il regolare funzionamento di essa richieste dall'art. 3 l. n. 604/1966, risulta essere giuridicamente inesistente. Per chiarire lo snodo concettuale, è possibile prendere ad esempio l'ipotesi in cui il datore di lavoro abbia intimato un licenziamento ai fini di un mero risparmio di costi. Prima di interrogarsi sull'esistenza materiale della ragione economica addotta (il risparmio di costi), è necessario domandarsi se tale motivazione rientri o meno nell'area entro cui, ai sensi dell'art. 3 l. n. 604/1966, il licenziamento risulta giustificato. Se si accoglie l'impostazione, sostenuta dalla giurisprudenza maggioritaria, secondo cui il mero risparmio di costi non è sufficiente ad integrare il g.m.o., si ricava l'irrilevanza normativa di un fatto che può anche essere realmente esistente, ma risulta inesistente sul piano giuridico. "Orbene, se quel fatto posto a base del licenziamento, pur sussistente, non è legittimamente adducibile dal datore per giustificare il recesso, perché non considerarlo insussistente con conseguente applicazione della sanzione della reintegrazione?"²³³. Si tratta, con tutta evidenza di un'interpretazione correttiva, volta a ristabilire un'intima connessione tra fatto e sua valutazione giuridica e foriera di significativi risolti nella scelta tra tutela reintegratoria e indennitaria.

²³³ A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. Lav.*, cit., p. 769.

Il profilo cruciale appare, senza dubbio, rappresentato dalla collocazione dell'obbligo di *repêchage* nella dimensione del fatto o della sua valutazione²³⁴. L'onere in questione, benché di creazione giurisprudenziale, assurge ormai ad attributo sostanziale nella definizione del giustificato motivo oggettivo, così da poter essere ricondotto alla dimensione del "fatto" organizzativo. Di conseguenza, qualora l'obbligo di *repêchage* non sia adempiuto, la ragione economica adottata a fondamento del licenziamento - benché realmente esistente - "viene materialmente meno, in quanto risulta materialmente e giuridicamente assorbito nella utile ricollocazione del prestatore in altra postazione aziendale"²³⁵. Secondo l'orientamento dottrinale in esame, quindi, la mancata prova dell'inesistenza di posizioni di lavoro alternative a cui adibire il lavoratore, riverberandosi negativamente sull'esistenza (giuridica) della ragione organizzativo-produttiva adottata dall'imprenditore, è idonea a configurare un'ipotesi di manifesta insussistenza del fatto, con applicazione della tutela reintegratoria.

Un secondo profilo di criticità, è rappresentato dalla surrettizia modifica apportata all'art. 3 della l. 604/1966. Prima della riforma, la nozione di giustificato motivo oggettivo costituiva un *unicum*, "in cui fatto e valutazione giuridica del fatto erano inscindibilmente connessi alla luce delle ragioni di cui all'art. 3, l. n. 604 del 1966". A seguito della modifica dell'art. 18, il concetto di g.m.o. è stato scomposto in due valutazioni: una meramente fattuale, l'altra tipicamente normativa. Se prima la valutazione giuridica del fatto portava a ritenere esistente o non esistente la ragione economica (*tertium non datur*), oggi l'interprete è tenuto a vagliare la giustificazione del licenziamento con riguardo al minore o maggiore grado di approssimazione tipologica del fatto al concetto normativo. Tale approssimazione sarà minore o nulla in caso di insussistenza materiale del fatto; sarà maggiore, ma comunque non in grado di integrare il g.m.o., quando il giudice collocherà il motivo di licenziamento tra le "altre ipotesi"²³⁶.

²³⁴ *Ivi*, p. 800.

²³⁵ *Ivi*, p. 801.

²³⁶ Anche secondo P. TULLINI, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 1, p. 159 la netta separazione tra la constatazione del fatto e la sua qualificazione giuridica appare inammissibile. Se è vero che l'accertamento fattuale implica sempre un'attività valutativa, la previsione legislativa assume allora il diverso significato di monito

Alla luce delle aporie caratterizzanti l'attuale formulazione dell'art. 18 St. lav., appare necessario interrogarsi sul regolamento di confini tra la tutela reintegratoria e quella indennitaria. Secondo una lettura razionalizzatrice, vale a dire finalizzata a giustificare il nuovo sistema come razionale²³⁷, con la l. n. 92/2012 si sarebbe realizzato un vero e proprio capovolgimento della prospettiva rimediale: mentre la reintegrazione nel posto di lavoro, cardine del sistema giuslavoristico in materia di licenziamenti a partire dalla l. n. 300/1970, sarebbe stata ridotta a sanzione residuale, applicabile solo nei casi tassativamente individuati dall'art. 18 St. lav., la tutela indennitaria rappresenterebbe attualmente lo strumento rimediale normalmente esperibile. Questa ricostruzione appare accogliere senza riserve lo sdoppiamento, operato in sede legislativa, tra fatto e sua valutazione giuridica così che l'atto di recesso, fondato su di un fatto materiale realmente esistente ma non integrante il g.m.o., risulterà automaticamente riconducibile all'area della tutela indennitaria. Secondo l'orientamento in esame se, al contrario, ci si avvede della carenza, sotto il profilo logico-giuridico, della distinzione tra fatto e valutazione - e la giurisprudenza dovesse farsi carico della necessità di ricomporre il g.m.o. in termini di *fatto giuridico* -, la rilevanza della tutela indennitaria apparirebbe notevolmente ridimensionata, a vantaggio di una "più equilibrata coesistenza tra le due prospettive rimediali"²³⁸.

d) Manifesta insussistenza del fatto come "torto marcio" del datore di lavoro

Secondo una diversa interpretazione, una rigorosa analisi dell'art. 18, c. 7 St. lav. deve tener conto da una parte dell'art. 3, l. n. 604/1966 che, non modificato dalla riforma del 2012, definisce il giustificato motivo oggettivo, dall'altra dell'elaborazione giurisprudenziale, la quale annovera la soppressione del posto, il nesso causale tra questa e le insindacabili valutazioni organizzative dell'imprenditore e l'inutilizzabilità *aliunde* quali elementi costitutivi dello stesso. Essendo il legislatore intervenuto solo sulle conseguenze sanzionatorie del

relativo alla *policy* del sindacato giudiziario, imponendo al giudice di non modificare o contestare la valutazione del "fatto" già compiuta dal datore di lavoro, fermando la propria indagine all'esistenza materiale dell'allegato motivo di recesso.

²³⁷ M.V. BALLESTRERO, in *Il diritto del lavoro al tempo della crisi*, cit., p. 248.

²³⁸ *Ivi*. P. 802.

licenziamento ingiustificato, il “fatto” posto a base del licenziamento ai sensi dell’art. 18, c. 7 coincide necessariamente con la nozione di giustificatezza del licenziamento rimasta invariata. Se questo è vero, allora la distinzione tra ingiustificatezza semplice o qualificata non si caratterizzerà per la scissione dei tre elementi costitutivi del g.m.o., dovendo invece passare attraverso il suo essere o meno “manifesta”. A questo aggettivo, etimologicamente connesso all’arresto nell’ipotesi di flagranza di reato cui segue il giudizio direttissimo (art. 449 cod. proc. pen.) ed utilizzato per definire l’infondatezza della questione di costituzionalità non meritevole di essere sottoposta all’attenzione della Consulta, risulta assumere, nell’ambito della disciplina limitativa dei licenziamenti, il significato di “torto marcio” del datore di lavoro²³⁹. Di conseguenza, l’ingiustificatezza manifesta, in presenza della quale potrà trovare applicazione la tutela reintegratoria, potrà attenere anche ad uno solo degli elementi della fattispecie del g.m.o., ivi compreso l’obbligo di *repêchage*²⁴⁰. Non solo un fatto economico manifestamente insussistente (la chiusura di un reparto aziendale mai effettuata), oppure l’ipotesi in cui il nesso causale risulti manifestamente inesistente (si sopprime il reparto x e viene licenziato un lavoratore addetto al reparto y), ma anche la manifesta insussistenza della possibilità di reimpiegare il lavoratore *aliunde*²⁴¹, determinerà l’applicazione della tutela reintegratoria.

e) L’inestricabile simbiosi tra circostanze materiali e “ragioni inerenti all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa”

Nel tentativo di fornire un’interpretazione ragionevole dell’art. 18, c. 7 St. lav. che, senza sovvertirne il significato, consenta di evidenziare e correggere i profili di criticità in esso presenti, un altro autore propone una disincantata lettura della disposizione in questione²⁴².

²³⁹ A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli Editore, Torino, 2012, p. 58-59.

²⁴⁰ *Ibidem*.

²⁴¹ L’autore porta ad esempio il caso in cui l’imprenditore abbia effettuato assunzioni nella stessa qualifica del lavoratore licenziato subito prima o subito dopo il licenziamento.

²⁴² C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2012.

La riflessione prende le mosse dalla ricostruzione che individua nella “manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento” la nozione di fatto materiale. E’ possibile evidenziare come siano rare le ipotesi in cui, a fondamento dell’atto di licenziamento, sia posto un fatto materiale del quale sia accertabile la manifesta insussistenza. Al di là dell’ipotesi in cui sia addotta la chiusura di un reparto mai realizzata o il venir meno di una commessa in realtà rinnovata, appare difficile individuare altre circostanze in cui il fatto si presenti manifestamente insussistente; infatti, normalmente, i fatti posti a base del licenziamento per motivi economici sono legati a valutazioni tecniche ed organizzative, così che il giustificato motivo oggettivo coincide e si sovrappone a queste valutazioni. L’autore, pur ammettendo la fondatezza di tali considerazioni, si interroga sulla liceità di un’operazione interpretativa che, a partire dalla constatazione dell’“inestricabile simbiosi tra circostanze materiali e ragioni interenti l’attività produttiva, l’organizzazione del lavoro e il regolare funzionamento di essa, senza le quali le circostanze materiali rimangono, per così dire, neutre”, attribuisca alla formula “manifesta insussistenza del fatto” un ambito applicativo di più ampio respiro²⁴³. Per realizzare tale operazione ermeneutica, appare tuttavia necessario spostarsi dal piano fenomenologico, nel quale un fatto materiale o esiste o non esiste, al piano giuridico, nel quale il fatto assume rilevanza soltanto se intrecciato ad una valutazione normativa. Accogliendo una nozione complessa di giustificato motivo oggettivo, la manifesta insussistenza del fatto potrà essere rintracciata non solo nelle ipotesi-limite di pretestuosità del licenziamento, ma anche negli ambiti in cui si discute del nesso eziologico tra la scelta aziendale e l’individuazione del lavoratore da licenziare²⁴⁴. La soluzione interpretativa proposta presenta due vantaggi. Da una parte, consente di attribuire un significato alla previsione secondo cui il giudice, accertata la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento, «può» applicare la tutela reintegratoria. Infatti questa previsione, irragionevole se riferita ai soli licenziamenti pretestuosi, acquista un significato diverso se concernente anche l’accertamento del nesso causale. In secondo luogo, l’interpretazione in esame è idonea a garantire una coerenza interna al sistema rimediale che, prevedendo la

²⁴³ *Ibidem*.

²⁴⁴ C. CESTER, *Il progetto di riforma*, cit.

tutela reintegratoria a fronte di un licenziamento collettivo intimato senza il rispetto dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare, non può che individuare, per coerenza sistematica, la medesima risposta sanzionatoria nell'ipotesi in cui tali criteri siano stati violati nell'ambito di un licenziamento individuale²⁴⁵.

La ricostruzione che riconduce all'area della tutela reale non soltanto le ipotesi patologiche e marginali di licenziamento, fondate su motivi pretestuosi o addirittura falsi, ma anche i casi di mancata prova del nesso causale tra le scelte tecnico-produttive ed il licenziamento del singolo lavoratore, ha trovato accoglimento ed un maggiore approfondimento presso altri autori²⁴⁶, sia con riferimento alle ragioni sottese a tale opzione interpretativa, sia avuto riguardo all'elaborazione giurisprudenziale sul nesso eziologico. Sotto il primo profilo, è stato posto in evidenza come il giustificato motivo oggettivo di licenziamento non sia basato direttamente su fatti, ma sia frutto di una serie causale costituita da fatti e valutazioni, anche di natura prognostica, che conducono alla decisione imprenditoriale di soppressione del posto a causa del venir meno della convenienza della conservazione rapporto di lavoro²⁴⁷. Rispetto a questo insieme di fatti, valutazioni e decisioni che determinano l'atto di licenziamento, la distinzione tra fatti manifestamente insussistenti e altre ragioni inidonee a giustificare il licenziamento richiede un'interpretazione correttiva ma non vanificatrice. Di conseguenza, se non risulta condivisibile l'interpretazione del fatto in senso materiale, ricostruzione che, oltre ad ignorare la nozione di g.m.o. elaborata fino ad oggi dalla giurisprudenza, finisce per relegare la tutela reale all'area dell'improbabilità, neppure appare accettabile quell'opzione interpretativa

²⁴⁵ *Ibidem*.

²⁴⁶ G. SANTORO-PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 2, p. 231 ss. Secondo l'autore, il giudice è tenuto ad effettuare un primo accertamento avente ad oggetto il fatto, vale a dire le ragioni che hanno determinato la soppressione del posto, e il nesso di causalità tra le ragioni addotte dall'imprenditore e il licenziamento in concreto intimato. Nel caso in cui dovesse emergere la manifesta insussistenza del fatto o del nesso causale (vale a dire l'inesistenza o la non veridicità degli stessi), conseguirà l'applicazione della tutela reintegratoria. Qualora, invece, il datore di lavoro abbia dimostrato l'esistenza del fatto e del nesso di causalità, il giudice potrà escludere la sanzione reintegratoria, dovendo tuttavia procedere ad accertamenti ulteriori, quali il corretto adempimento dell'obbligo di *repêchage* ed altri fatti (una riduzione temporanea del fatturato, la necessità di ridurre i costi per evitare il fallimento, una diversa organizzazione del lavoro, ect). Questi profili, richiedendo indagini ed approfondimenti più complessi, potranno determinare una valutazione di insussistenza ma non di "manifesta insussistenza", potendo trovare applicazione solo la tutela indennitaria.

²⁴⁷ M.V. BALLESTRERO, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *LD*, 2013, 4, p. 575.

che identifica il fatto in senso giuridico come sostanzialmente coincidente con la fattispecie di g.m.o. che si ricava dal diritto vivente. Alla luce di queste considerazioni, la soluzione più ragionevole appare quella di individuare il nocciolo duro della giustificazione dell'atto di recesso, vale a dire la sussistenza delle ragioni economiche e del nesso causale tra queste ed il licenziamento in concreto intimato, così da ricondurlo all'area della tutela reale, relegando tutte le altre ipotesi di ingiustificatezza all'area della tutela indennitaria. Sotto il secondo profilo, i criteri elaborati dalla giurisprudenza conducono ad escludere la sussistenza del nesso causale nell'ipotesi in cui l'esigenza di riorganizzazione sia meramente contingente o di scarsa consistenza, in caso di mancata soppressione del posto di lavoro (ad esempio, è stato assunto un lavoratore meno costoso per lo svolgimento delle mansioni precedentemente affidate al lavoratore licenziato) e, in più in generale, quando il datore di lavoro non sia in grado di provare l'esistenza di una connessione causale tra le ragioni tecnico-produttive e il licenziamento di un singolo lavoratore.

f) Unitarietà del fatto giuridico

Una variante della teoria del fatto in senso giuridico, è proposta da quella parte della dottrina che, nel sostenere la necessità di una valutazione giuridica del fatto materiale alla luce dell'art. 3 della l. n. 604/1966, individua il *vulnus* del novellato art. 18 St. lav. non tanto nell'aver spezzato l'inscindibile rapporto tra fatto e sua qualificazione normativa, quando nell'aver preteso di introdurre una graduazione dell'ingiustificatezza del licenziamento alla luce del grado di insussistenza del fatto²⁴⁸.

La riflessione prende le mosse dal rapporto tra l'art. 3, l. n. 604/1966 e il nuovo art. 18, c. 7, St. lav. Mentre la prima disposizione individua in positivo i presupposti di legittimità del recesso per giustificato motivo oggettivo, la seconda, nel sanzionare il licenziamento in caso di “manifesta insussistenza del fatto” posto a base dello stesso o nelle “altre ipotesi” in cui non ricorrono gli estremi del g.m.o., delinea “in negativo” le ragioni oggettive di licenziamento. Per coordinare

²⁴⁸ P. ALBI, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli Editore, Torino, p. 275.

correttamente le due norme, è necessario considerare che l'art. 18 St. lav., con la formula di “manifesta insussistenza del fatto”, intende selezionare quelle ipotesi di recesso ingiustificato talmente gravi da necessitare la tutela reintegratoria. Se ne ricava che l'art. 18, c. 7 St. lav., lungi dall'operare in chiave derogatoria rispetto all'art. 3, l. n. 604/1966, può trovare significato soltanto nell'alveo individuato da quest'ultimo.

Ponendo attenzione agli sforzi definitivi compiuti dalla giurisprudenza al fine di tracciare i confini del g.m.o., così come formulato dall'art. 3, l. n. 604/1966, abbiamo già avuto modo di individuare gli elementi fondamentali in presenza dei quali un atto di recesso per motivi economici può dirsi giustificato: l'effettività delle ragioni produttive ed organizzative addotte a giustificazione del licenziamento, la soppressione del posto di lavoro, il nesso causale tra le ragioni e la soppressione del posto, l'obbligo di *repêchage*. Su altri aspetti, quali la mera ricerca di un profitto o di una riduzione dei costi, l'attribuzione delle mansioni del lavoratore licenziato ad altri dipendenti, l'ampiezza dell'obbligo di *repêchage*, la giurisprudenza ha fornito risposte differenti e talora configgenti. Tutti questi presupposti, individuati dal diritto vivente, devono essere intesi come elementi costitutivi della fattispecie g.m.o., nel senso che la mancanza di uno solo di essi è sufficiente a rendere ingiustificato l'atto di licenziamento. Da ciò si ricava l'impossibilità di scomporre o frazionare il g.m.o. in una serie di elementi autonomi, poiché solo la contemporanea presenza degli stessi consente al giudice un positivo apprezzamento circa la fondatezza del licenziamento²⁴⁹.

Volendo ricostruire schematicamente la teoria in esame, è possibile individuare la premessa maggiore nella necessaria riconducibilità dell'art. 18, c. 7 St. lav. - relativo alle conseguenze sanzionatorie derivanti da un licenziamento ingiustificato - all'art. 3, l. n. 604/1966 il quale, nell'individuare le ragioni del licenziamento per g.m.o., ne costituisce il naturale presupposto. La premessa minore è rappresentata dal rilievo secondo cui il g.m.o. è costituito da una serie di elementi, individuati in sede giurisprudenziale, i quali assumono rilevanza solo se presenti contemporaneamente, non residuando loro alcun valore giuridico se isolatamente considerati. L'inevitabile conclusione è che, proprio perché “il fatto

²⁴⁹ P. ALBI, *op. ult. cit.*, p. 275.

si compone di una pluralità di elementi necessari, in mancanza dei quali il fatto semplicemente non sussiste”²⁵⁰, il controllo giudiziale sulla “manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo” non può consistere in un’operazione di scomposizione degli elementi costitutivi del g.m.o. Poiché la mancanza anche di un solo elemento costitutivo del g.m.o. determina l’ingiustificatezza del licenziamento, appare evidente come la distinzione tra manifesta insussistenza e semplice insussistenza non potrà dipendere dalla collocazione delle singole fattispecie concrete individuate dalla giurisprudenza, nella categoria della “manifesta insussistenza” o in quella delle “altre ipotesi” di licenziamento ingiustificato, quanto da “un’opera di graduazione dell’intensità della violazione normativa” da condursi alla luce degli elementi che compongono la fattispecie del g.m.o.²⁵¹ Esemplificando, qualora non sia provata l’effettività della ragione economica posta a fondamento della soppressione del posto di lavoro, il licenziamento è ingiustificato *ex art. 3, l. n. 604/1966*, mentre l’individuazione della conseguenza sanzionatoria dovrà essere effettuata in considerazione della gravità della violazione: se la mancanza dell’elemento è totale, si sarà in presenza di una manifesta insussistenza del fatto, con conseguente applicazione della tutela reintegratoria; se, al contrario, l’assenza di tale elemento è parziale, il licenziamento rientrerà nelle “altre ipotesi” inidonee ad integrare il g.m.o., da cui l’imposizione al datore dell’obbligo di versare un’indennità risarcitoria²⁵².

Le ricostruzioni precedentemente analizzate e ricondotte, per chiarezza espositiva, nell’area delle interpretazioni costituzionalmente orientate-riduzionistiche, presentano un elemento in comune: la distinzione tra “manifesta insussistenza del fatto” ed “altre ipotesi” di licenziamento ingiustificato dipende dalla ripartizione delle diverse fattispecie elaborate dal diritto vivente in una o nell’altra categoria²⁵³. Di conseguenza, a fronte dell’insussistenza del motivo organizzativo-produttivo addotto dall’imprenditore per giustificare la

²⁵⁰ *Ibidem*.

²⁵¹ P. ALBI, *op. ult. cit.*, p. 276.

²⁵² *Ibidem*.

²⁵³ Ad esclusione della teoria ricostruttiva proposta da M.T. CARINCI, secondo la quale o il licenziamento presenta i tre profili richiesti (modifica organizzativa effettiva, nesso causale, obbligo di *repêchage*) ed allora è giustificato, oppure risulta carente anche solo rispetto ad uno di questi requisiti, ed allora è ingiustificato: *tertium non datur*.

soppressione di un posto di lavoro, appare necessario stabilire se la mancanza di tale elemento configuri o meno un caso di “manifesta insussistenza del fatto”. E così dicendo per tutti gli altri elementi costitutivi del g.m.o. individuati dalla giurisprudenza. La teoria in esame, al contrario, esclude la possibilità di graduare la risposta sanzionatoria in funzione del profilo giustificatorio risultante carente, in quanto il “fatto” a cui l’art. 18 St. lav. fa riferimento non è il singolo presupposto (effettività della ragione economica, nesso causale, *repêchage*,...) ma il g.m.o. complessivamente considerato. In presenza di un licenziamento infondato, il giudice dovrà quindi verificare se l’elemento rispetto al quale l’atto di recesso è risultato carente sotto il profilo giustificativo (sia questa la ragione economica, il nesso causale, la sostituzione del lavoratore) presenti una gravità tale, alla luce delle modalità con cui la violazione normativa si è realizzata nel caso concreto, da comportare (o meno) l’applicazione della tutela reintegratoria.

In conclusione, spetterà al giudice valutare, nel caso concreto, la gravità della violazione normativa, al fine di graduare la risposta sanzionatoria. Risulta evidente, a parere di questa dottrina, come la nuova formulazione dell’art. 18 St. lav. determinerà maggiori incertezze applicative, anche in considerazione dei diversi e talora configgenti orientamenti giurisprudenziali circa l’individuazione degli elementi costitutivi della fattispecie di licenziamento per motivi economici²⁵⁴.

L’unitarietà giuridica del fatto posto a base del licenziamento, inteso come “mix inscindibile di evenienze, valutazioni, previsioni non riducibile a «fatto»”²⁵⁵, viene evidenziata anche da un’altra parte della dottrina la quale, tuttavia, perviene a conclusioni parzialmente differenti. Il presupposto ricostruttivo è rappresentato dalla considerazione secondo cui la “manifesta insussistenza” non riguarda un “fatto”, in quanto ciò che è “posto a fondamento del licenziamento” non può essere ridotto ad un fatto, essendo piuttosto da individuarsi nel più ampio reticolo di “ragioni inerenti all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa” (art. 3, l. n. 604/1966). Da questa premessa, si ricava l’insostenibilità non soltanto della tesi del fatto materiale, ma anche di

²⁵⁴ P. ALBI, *op. ult. cit.*, p. 276.

²⁵⁵ F. CARINCI, *Ripensando il “nuovo” art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 3, p. 503.

quelle teorie che, pur correttamente qualificando il fatto nella sua accezione giuridica, si sono sforzate di individuare quali componenti della formula contenuta nell'art. 3, l. n. 604/1966 - siano questi la soppressione del posto del lavoratore licenziato, la relazione causale, il *repêchage* - siano identificabili con il "fatto posto a base del licenziamento" di cui all'art. 18, c. 7 St. lav.

Partendo dalla critica alla tesi del "fatto materiale", l'autore evidenzia l'insostenibilità in termini di concreta operatività in sede processuale dell'ipotesi ricostruttiva tendente a distinguere due fasi di accertamento: la prima, nella quale il giudice dovrebbe accertare la sussistenza del giustificato motivo oggettivo sulla base di tutti i fattori individuati dal diritto vivente; la seconda nella quale il giudice, al fine di individuare la sanzione applicabile, dovrebbe limitarsi a prendere in considerazione un unico fattore, vale a dire la "manifesta insussistenza del fatto" da intendersi in senso materiale. La debolezza dell'accertamento bifasico così strutturato, emerge con tutta evidenza laddove si consideri che il giudice, dopo aver ricostruito il quadro completo in cui il licenziamento per motivi economici in concreto intimato deve essere collocato, alla luce del ricco campionario multifattoriale elaborato da una giurisprudenza quarantennale, sarebbe costretto, al fine di individuare e graduare la sanzione applicabile, a "cancellare il tutto dalla sua mente, ad eccezione del fatto materiale, non senza prima averlo spogliato di quel ricco ed articolato rivestimento che egli stesso ha contribuito a fornirgli"²⁵⁶. Gli stessi fautori della ricostruzione in esame, d'altra parte, risultano consapevoli di tale limite, nel momento in cui evidenziano come il giudice, una volta verificata la sussistenza del fatto, potrà escludere l'applicazione della tutela reintegratoria, dovendo tuttavia procedere nell'indagine per riscontrare gli altri estremi del giustificato motivo oggettivo, dalla cui assenza conseguirà la sanzione risarcitoria. Il che è come dire che, onde evitare che il giudice debba percorrere a ritroso l'intero cammino istruttorio che lo ha condotto a ricostruire il fatto giuridico, al fine di isolare il fatto materiale "nudo e crudo, come il datore lo ha partorito all'inizio di tutto"²⁵⁷, sia sufficiente verificare *ab initio* la sussistenza del fatto materiale per potersi escludere la reintegrazione. Lo stesso può dirsi con riferimento all'ipotesi opposta in cui, dall'accertata

²⁵⁶ F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" art. 18*, cit., p. 775.

²⁵⁷ *Ivi*, p. 778.

l'insussistenza del fatto posto a base del licenziamento, si ricava l'illegittimità del licenziamento e la reintegrazione del lavoratore, senza necessità di ulteriori accertamenti²⁵⁸. Evidenziata la difficoltà, ma anche la pericolosità, di un simile percorso, l'autore individua un secondo argomento idoneo ad escludere che l'espressione "manifesta insussistenza del fatto" possa riferirsi alla semplice esistenza materiale del fatto. Infatti, posto che l'accertamento circa la sussistenza o meno di un fatto, non potendosi pensare a quest'ultimo come a qualcosa di sospeso nel vuoto, implica la necessità di considerare il contesto in cui il fatto si svolge, appare evidente come ridurre il fatto posto a fondamento del licenziamento ad un fatto materiale rappresenta un *nonsense*, poiché tale fatto non esiste *in rerum natura*²⁵⁹.

Volgendo lo sguardo alla teoria del fatto giuridico, l'autore evidenzia come, alla luce dell'unitarietà della formula legislativa, la prospettiva ricostruttiva tendente ad individuare la linea di discriminare tra elementi del giustificato motivo oggettivo rientranti nella categoria dei fatti manifestamente insussistenti e quelli riconducibili ai fatti semplicemente insussistenti, risulta insostenibile. Data la coincidenza tra giustificato motivo oggettivo e fatto di cui al comma 7, la distinzione tra manifesta insussistenza ed insussistenza *sic et simpliciter* dipenderà dalla persuasività della prova prodotta dal datore di lavoro a sostegno della motivazione dell'atto di licenziamento. Di conseguenza, la graduazione dei rimedi sanzionatori sarà connessa alla maggiore o minore soddisfazione della prova del giustificato motivo oggettivo unitariamente considerato. Ferma l'unitarietà della nozione di giustificato motivo oggettivo, e a differenza della ricostruzione avanzata da Albi, secondo il quale la sanzione deve essere graduata in considerazione della gravità della carenza motivazionale²⁶⁰, la tesi in esame prospetta una graduazione del sistema sanzionatorio da condursi alla luce della persuasività della prova fornita dal datore di lavoro.

²⁵⁸ A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo*, cit., p. 449.

²⁵⁹ F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" art. 18*, cit., p. 779.

²⁶⁰ P. ALBI, *op. ult. cit.*, p. 276.

6.3 Il significato dell'aggettivo "manifesta"

Oltre alla rilevante questione relativa alla qualificazione del "fatto posto alla base del giustificato motivo oggettivo" in termini di fatto materiale addotto dall'imprenditore (la difficile situazione finanziaria, la chiusura dello stabilimento,...) o di fatto giuridico (comprendente le scelte aziendali, il nesso di causalità ed il tentativo di ricollocamento), l'art. 18, c. 7 St. lav. ha sollevato un secondo interrogativo interpretativo, rappresentato dai caratteri che rendono "manifestamente insussistente", e non semplicemente insussistente, il fatto.

Secondo una prima interpretazione, il termine "manifesta" rappresenterebbe un "infortunio linguistico" in quanto, posto che *in rerum natura* un fatto o esiste o non esiste, l'aggettivo in questione non aggiungerebbe alcun elemento significativo in termini di accertamento dell'esistenza del fatto²⁶¹. Di conseguenza questo riferimento normativo, nel complicare l'interpretazione di una disposizione già particolarmente complessa, potrebbe determinare un ampliamento della discrezionalità giudiziaria nella valutazione della fondatezza dell'atto di licenziamento e nell'individuazione della conseguenza sanzionatoria²⁶².

Altri autori, pur nella consapevolezza che l'espressione abbia poco senso dal punto di vista sostanziale²⁶³, risultando impalpabile la differenza tra insussistenza e manifesta insussistenza, hanno nondimeno cercato di attribuire un significato al controverso termine, proiettandolo sul piano processuale. Secondo questa interpretazione, il termine "insussistenza" non riguarderebbe la sostanza dei fatti, che o esistono o non esistono, bensì la sua percezione; in questo senso l'attributo "manifesta", nell'enfatizzare il sostantivo "insussistenza", può essere inteso come riferimento al grado di certezza processuale del "fatto materiale" o della ragione economica addotta²⁶⁴.

²⁶¹ O. MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti dell'art. 18 St. lav.*, cit., p. 252; F. SCARPELLI, *Il licenziamento individuale per motivi economici*, in M. FEZZI, F. SCARPELLI (a cura di), *Regole, politiche e metodo. L'eredità di Marco Biagi nelle relazioni di lavoro di oggi*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 215.

²⁶² P. TOSI, *L'improbabile equilibrio tra "rigidità" in entrata e "flessibilità" in uscita nella legge n. 92/2012 di riforma del mercato del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 4-5, p. 834; M. MEUCCI, *La nuova disciplina dei licenziamenti*, reperibile sul sito <http://csdle.lex.unict.it>.

²⁶³ V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, cit., p. 560.

²⁶⁴ F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" art. 18*, cit., 2013, 2, p. 333; V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, cit., p. 561.

Questa ricostruzione, pur presentando senza dubbio il pregio di aver cercato di dare un significato ad un'espressione normativa altrimenti del tutto superflua, solleva perplessità in ordine alla misurazione, sul piano probatorio, del grado di inesistenza del fatto²⁶⁵: quale grado di incertezza probatoria consente di ritenere la “manifesta insussistenza del fatto” e come si individua il discrimine rispetto alla semplice “insussistenza” probatoria? Parte della dottrina, nel tentativo di superare tale incertezze applicative, ha ritenuto di poter individuare la “manifesta insussistenza” in una carenza evidente *ictu oculi*²⁶⁶, ravvisabile in tutti i casi in cui il giudice può decidere la causa già in prima udienza²⁶⁷. Al contrario, laddove il magistrato dovesse procedere ad un accertamento, anche solo confermativo di una prova esistente ma non sufficiente, sarebbe da escludere la “manifesta insussistenza del fatto”, con conseguente inapplicabilità della tutela reintegratoria attenuata²⁶⁸. Appare evidente come, dalla lettura in esame, la reintegrazione nel posto di lavoro risulti riservata ai soli casi “grossolani”²⁶⁹ di decisioni “infondate o pretestuose” al punto da essere portati ad interrogarsi sulla distinzione in concreto tra l'ipotesi di “manifesta insussistenza” ed i casi di licenziamento per motivo illecito o discriminatorio²⁷⁰.

6.4 L'Obbligo di repêchage

Nella complessa operazione di regolamento di confini tra la “manifesta insussistenza” e le “altre ipotesi” di licenziamento ingiustificato, assume rilievo

²⁶⁵ M. BIASI, *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 6, p. 36.

²⁶⁶ A. ZAMBELLI, *Licenziamenti individuali e collettivi*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2012, p. 116.

²⁶⁷ M. BIASI, *The effects of the World Crisis on Employment Law and Industrial Relations: report on Italy*, in *CLL&PJ*, 2013.

²⁶⁸ G. SANTORO-PASSERELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 2, p. 238.

²⁶⁹ A. TOPO, *Le regole in materia di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge n. 134/2012). Licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, in *Dir. prat. lav.*, 2012, p. 67.

²⁷⁰ O. MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti dell'art. 18 St. lav.*, cit., p. 252; P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti*, cit., il quale, come precedentemente evidenziato, distingue due ipotesi: nel caso in cui risulti la manifesta insussistenza del fatto posto a fondamento del licenziamento, trova applicazione la tutela indennitaria; qualora, invece, dietro alla manifesta insussistenza il giudice dovesse ritenere esistente, anche sulla base di presunzioni, un motivo illecito, ne dovrebbe conseguire l'applicazione della tutela reintegratoria piena. La ricostruzione dell'autore fa emergere, in maniera ancora più evidente, la difficoltà nel distinguere il licenziamento per motivi economici ingiustificato per “manifesta insussistenza”, da quello per motivo illecito o discriminatorio, rispetto al quale trova applicazione la più pregnante tutela reintegratoria piena.

decisivo la collocazione dell'obbligo di *repêchage* in una o nell'altra dimensione. La questione si colloca nel più ampio dibattito relativo alla compatibilità di quest'obbligo di creazione giurisprudenziale con l'ordinamento positivo nel suo complesso²⁷¹. I diversi orientamenti in materia di *repêchage* si riflettono, con tutta evidenza, sul problema interpretativo sollevato dalla nuova formulazione dell'art. 18, c. 7 St. lav., spingendo la dottrina ad interrogarsi sulla riconducibilità di tale obbligo alla categoria della "manifesta insussistenza" o a quella delle "altre ipotesi" di licenziamento ingiustificato.

Secondo una prima interpretazione, il mancato adempimento dell'obbligo di *repêchage* troverebbe appropriata collocazione nella dimensione della manifesta insussistenza del fatto. Tra le ragioni a sostegno della tesi troviamo, innanzitutto, un argomento di matrice costituzionale. L'elaborazione giurisprudenziale dell'obbligo di *repêchage* è frutto, secondo l'interpretazione in esame, di una lettura sistematico-adequatrice dell'art. 3 della l. n. 604/1966, finalizzata a realizzare un contemperamento tra l'interesse dell'impresa e quello del lavoratore, entrambi protetti dalla normativa costituzionale²⁷². Da questa premessa deriva, in via consequenziale che, nel fornire una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 18 St. lav., tale da consentire l'affermazione del principio di giustizia consistente nel "chiedere alla produzione, alla ragione economica e al profitto, di dimostrare le sue buone ragioni e nel costringerli perciò a misurarsi con punti di vista, interessi, bisogni e valori diversi"²⁷³, l'onere in questione non potrà che essere considerato elemento essenziale del giustificato motivo oggettivo, la cui assenza determinerà una "manifesta insussistenza del fatto". Un secondo argomento di natura sistematica, è rappresentato dalla qualificazione dell'obbligo in questione come presupposto di legittimità del licenziamento²⁷⁴. Posto che l'onere di *repêchage* continua a rappresentare, anche nella nuova cornice normativa, un elemento costitutivo della fattispecie del giustificato motivo

²⁷¹ S. BRUN, *L'obbligo di repêchage tra elaborazione giurisprudenziale e recenti riforme*, in Riv. it. dir. lav., 2013, 2, p. 783.

²⁷² V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, cit.

²⁷³ S. NICCOLAI, *Per una lettura costituzionalmente orientata della riforma Fornero ed un diritto del lavoro nuovo*, in F. AMATO e R. SANLORENZO (a cura di), *La legge n. 92 del 2012 (Riforma Fornero): in* [http://www.magistraturademocratica.it/mdem/qg/doc/Commentarioriforma_Fornero_\(legge_92_2012\).pdf](http://www.magistraturademocratica.it/mdem/qg/doc/Commentarioriforma_Fornero_(legge_92_2012).pdf).

²⁷⁴ A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto*, cit., p. 800.

oggettivo, il datore di lavoro dovrà dedurre, tra i fatti posti a fondamento dell'atto di recesso, anche l'impossibilità di ricollocare il lavoratore. Qualora venga accertata la realtà della soppressione del posto di lavoro, ma non sia adempiuto l'obbligo di *repêchage*, la fattispecie si collocherà nell'area della "manifesta insussistenza del fatto", in quanto la modifica organizzativa, il nesso causale e il *repêchage* rappresentano tre angoli visuali complementari da cui guardare il g.m.o.: quest'ultimo o ricorre in tutti i suoi elementi o non ricorre affatto²⁷⁵. Per comprendere la coesistenzialità del *repêchage* rispetto alla valutazione della manifesta insussistenza del fatto organizzativo, si può considerare il classico esempio del licenziamento per soppressione di una funzione aziendale: se la ricollocazione del lavoratore è materialmente possibile, il fatto posto a base del licenziamento (vale a dire la soppressione della funzione aziendale) è destinato a venir meno, in quanto "materialmente e giuridicamente assorbito nell'utile ricollocazione del prestatore in altra postazione aziendale"²⁷⁶. In conclusione, la ricostruzione secondo cui l'obbligo di *repêchage* sarebbe elemento idoneo a confermare o smentire l'effettività della condizione che fa venir meno l'interesse del datore di lavoro alla prosecuzione del rapporto di lavoro²⁷⁷, non appare smentita, secondo tale ricostruzione, né dalla nuova formulazione dell'art. 18 St. lav.²⁷⁸, né dalla *ratio* del disposto in quanto, alla luce dell'immutato art. 3 della l. n. 604/1966, la "manifesta insussistenza del fatto" deve essere interpretata in una prospettiva teleologica che, al di là del fatto materiale, consenta di identificare le ragioni tecnico-organizzative che giustificano l'esercizio del potere imprenditoriale²⁷⁹.

Altri autori, interrogandosi sul ruolo oggi svolto dall'obbligo di *repêchage* nell'ambito del controllo giudiziario sui motivi di licenziamento, si assestano su

²⁷⁵ M.T. CARINCI, in *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, cit., p. 208 e in *Il licenziamento discriminatorio o per <motivo illecito determinante alla luce dei principi civilistici: la causa del licenziamento quale atto unilaterale tra vivi a contenuto patrimoniale*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, 4, p. 658.

²⁷⁶ A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto*, cit., p. 801.

²⁷⁷ F. SCARPELLI, *Il licenziamento individuale per motivi economici*, in M. FEZZI e F. SCARPELLI, *Guida alla Riforma Fornero*.

²⁷⁸ F. LISO, *Le norme in materia di flessibilità in uscita nel disegno di legge Fornero*, in http://csdile.lex.unict.it/archive/uploads/up_170433988.pdf. Secondo l'autore, appare invece da escludere che la violazione di altri doveri che si ritengono gravanti sul datore di lavoro, come quello di rispettare i criteri di scelta, determinino l'applicazione della sanzione reintegratoria.

²⁷⁹ A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto*, cit., p. 801.

posizioni più dubitative. Infatti, l'interpretazione secondo cui, oltre agli elementi normativi rappresentati dall'effettività del riassetto organizzativo e dall'incidenza della scelta imprenditoriale sulla specifica posizione lavorativa concretamente soppressa, anche la regola del *repêchage* costituisca un requisito indispensabile per la configurazione del g.m.o. di licenziamento, appare difficilmente praticabile alla luce delle scelte di politica legislativa, orientate verso un rafforzamento dei limiti posti al sindacato giudiziale sulle ragioni tecnico-organizzative (art. 30, c. 1, l. n. 183/2010 e art. 1, c. 43, l. n. 92/2012). Non appare chiaro, quindi, se la prova dell'inutilizzabilità del lavoratore debba essere sempre e comunque fornita dal datore di lavoro, pena la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento e l'applicazione della reintegra, oppure se il mancato espletamento dell'obbligo di *repêchage* configuri un'ipotesi di ingiustificatezza semplice dell'atto di recesso, alla quale farebbe seguito il rimedio indennitario²⁸⁰.

Secondo una diversa ricostruzione, l'obbligo di *repêchage* continuerebbe a rappresentare, come in passato, un presupposto di legittimità del licenziamento, con conseguente obbligo per l'imprenditore di dedurre, tra i fatti posti a base dell'atto di recesso, anche l'impossibilità di ricollocare il dipendente. Tuttavia, nell'ipotesi in cui sia accertata la reale soppressione del posto di lavoro ma, a fronte delle allegazioni del lavoratore circa l'esistenza di altre soluzioni occupazionali idonee ad un suo ricollocamento in seno all'azienda, il datore di lavoro non riesca a dimostrare il contrario, risulterebbe difficile ricondurre il caso nell'ambito della "manifesta insussistenza del fatto". Infatti, mentre il requisito della "manifesta insussistenza" presuppone una valutazione necessariamente complessiva circa l'insussistenza del g.m.o., nell'ipotesi in esame il giudice si troverebbe di fronte ad una configurazione parziale del giustificato motivo di licenziamento in quanto, pur non essendo stata provata l'impossibilità di una diversa collocazione del lavoratore, il fatto organizzativo addotto risulta essere esistente²⁸¹. Nel manifestare le proprie perplessità circa la riconducibilità dell'obbligo di *repêchage* nella dimensione della "manifesta insussistenza del fatto", i citati autori appaiono nondimeno consapevoli dell'elevato margine di

²⁸⁰ P. TULLINI, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, cit., p. 168.

²⁸¹ M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, cit., p. 628-629.

discrezionalità che l'attuale formulazione normativa attribuisce ai giudici. Ulteriori incertezze interpretative sono poste in evidenza da quella parte della dottrina che, pur escludendo l'obbligo di *repêchage* dall'area della tutela reintegratoria, non può esimersi dal mettere in luce la scarsa tenuta sistematica della soluzione proposta. E' vero che l'insussistenza del fatto si configura certamente allorquando difetti la prova della veridicità della ragione economica addotta a fondamento del licenziamento o della sussistenza di un nesso di causalità tra la predetta ragione e l'atto di recesso, mentre la mancata prova dell'inutilizzabilità *aliunde* dovrebbe ricadere nelle "altre ipotesi"²⁸². La linearità di tale soluzione risulta, tuttavia, incrinarsi laddove si prenda in considerazione uno dei criteri elaborati dalla giurisprudenza per verificare la rispondenza del licenziamento al principio di *extrema ratio*, di cui l'obbligo di *repêchage* è principale espressione. Prendiamo ad esempio l'ipotesi in cui il giudice dovesse accertare che il datore di lavoro, entro un ridotto margine di tempo dal licenziamento, abbia proceduto ad una nuova assunzione nella medesima mansione svolta dal lavoratore licenziato o in una strettamente assimilabile. Nel caso in esame, dalla nuova assunzione non si ricava soltanto il mancato rispetto del principio di *extrema ratio* del licenziamento, ma anche la non veridicità della soppressione o della riorganizzazione addotte. In altri termini, in alcuni casi il mancato rispetto dell'obbligo di *repêchage* e, più in generale, del principio di *extrema ratio*, non rileva soltanto di per sé ma appare riverberarsi anche sulla valutazione di quegli elementi (ragione organizzativo-produttiva e nesso causale) la cui assenza integra configura un'ipotesi di manifesta insussistenza del fatto²⁸³. Da qui, la problematicità di una rigida configurazione dell'obbligo di *repêchage* tra "le altre ipotesi" incanalate verso la tutela economica.

Alla luce di una diversa ricostruzione, l'obbligo di ricollocazione del lavoratore si colloca necessariamente nell'ambito delle "altre ipotesi" in cui non ricorrono gli estremi del giustificato motivo oggettivo²⁸⁴. All'interno di questa

²⁸² R. DEL PUNTA, *La flessibilità in uscita. Licenziamenti individuali*, in AA. VV., *Treccani. Il libro dell'anno del diritto 2013*, Istituto Enciclopedia italiana, Roma, 2013, p. 355.

²⁸³ *Ibidem*.

²⁸⁴ A. TOPO, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, cit. e P. TOSI, *L'improbabile equilibrio tra "rigidità" in entrata e "flessibilità" in uscita nella legge n. 92/2012 di riforma del mercato del lavoro*.

interpretazione dottrinale è, tuttavia, possibile individuare due tesi che sottendono una diversa concezione dell'obbligo di *repêchage*.

Secondo una prima lettura, tra gli argomenti a sostegno di questa ricostruzione, troviamo, innanzitutto, la configurazione dell'istituto del *repêchage* in termini di elemento successivo ed esterno rispetto alla fattispecie del giustificato motivo oggettivo di licenziamento, il quale risulterebbe perfettamente integrato dalla ragione addotta e dal nesso di causalità. Infatti, da un punto di vista logico, il datore di lavoro sarà tenuto ad adibire il lavoratore licenziato ad altre mansioni solo ove l'evento economico addotto a giustificazione del licenziamento sussista e risulti causalmente connesso alla posizione lavorativa coinvolta²⁸⁵. Secondo la ricostruzione in esame, dunque, si può parlare di obbligo di *repêchage* soltanto dopo che sia stata verificata la sussistenza del giustificato motivo oggettivo²⁸⁶ in quanto, mentre il riferimento al "fatto posto a base del licenziamento" richiama la modifica tecnico-organizzativa che sta a monte, come antecedente causale diretto, del licenziamento, l'impossibilità di reimpiego si colloca su un piano distinto e parallelo, consentendo l'adozione del licenziamento in quanto già supportato dall'esistenza delle circostanze economiche richieste *ex lege*²⁸⁷. Un'indiretta conferma di tale assunto si ricava, tra l'altro, dal rilievo secondo cui le modalità dell'onere in questione risultano inevitabilmente condizionate dalle caratteristiche della ragione organizzativo-produttiva addotta²⁸⁸. L'esclusione della riconducibilità alla manifesta infondatezza della violazione dell'obbligo di *repêchage*, viene ulteriormente argomentata facendo riferimento alla più recente tendenza del diritto vivente che, come evidenziato, ha costruito degli argini attorno all'istituto in questione. In particolare, secondo l'orientamento giurisprudenziale maggioritario, sebbene l'onere probatorio relativo all'impossibilità di ricollocamento del lavoratore gravi sul datore di lavoro, il lavoratore è nondimeno tenuto a fornire la prova delle posizioni lavorative concretamente esistenti in azienda e compatibili con la propria qualifica

²⁸⁵ C. COLOSIMO, *Prime riflessioni sul sindacato giurisdizione nel nuovo sistema di tutele in caso di licenziamento illegittimo: l'opportunità di un approccio sostanzialista*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 1048.

²⁸⁶ M. PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, cit., p. 18.

²⁸⁷ S. BRUN, *L'obbligo di repêchage tra elaborazione giurisprudenziale e recenti riforme*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 4, pp. 788-789.

²⁸⁸ M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, cit., p. 18.

lavorativa. Ora, appare evidente come la prova del fatto posto a base del licenziamento, concernendo ragioni organizzativo-produttive proprie dell'impresa, non possa che essere riservata all'unico soggetto in grado di fornire informazioni circa l'andamento economico dell'impresa, vale a dire l'imprenditore stesso. Di conseguenza, la diversa distribuzione degli oneri probatori tra datore e dipendente in materia di *repêchage*, induce ad escludere che l'obbligo di ricollocamento del lavoratore possa integrare un'ipotesi di manifesta insussistenza del fatto tale da giustificare la sanzione reintegratoria, dovendosi piuttosto collocare nell'area delle "altre ipotesi" di licenziamento ingiustificato²⁸⁹. In conclusione, secondo la lettura in esame, la recente riforma in materia di licenziamento fornirebbe una conferma in ordine alla compatibilità dell'obbligo di *repêchage* rispetto all'ordinamento positivo. Infatti, nel distinguere tra sanzione reintegratoria e indennitaria, il legislatore avrebbe riprodotto, sul piano sanzionatorio, la dicotomia già sancita dal diritto vivente sul piano dei presupposti sostanziali di legittimità del licenziamento, mediante la distinzione tra la necessità di una giustificazione relativa all'esistenza di ragioni tecnico-organizzative (prevista *ex lege*) e quella concernente ulteriori vincoli, elaborati dalla giurisprudenza ma non confermati dal legislatore²⁹⁰. Un'ulteriore conferma della compatibilità dell'obbligo di *repêchage* rispetto alle scelte legislative, può essere ravvisata nell'introduzione del procedimento di conciliazione preventivo al licenziamento per motivi economici, sede privilegiata per verificare e valutare le possibilità esistenti di reimpiego in mansioni alternative²⁹¹. Infine, anche i dubbi sollevati dall'art. 30, c. 1, l. n. 183/2010 in ordine alla sopravvivenza dell'obbligo di ricollocamento, appaiono destinati ad attenuarsi alla luce dell'elaborazione giurisprudenziale che, lungi dall'imporre di coprire necessariamente le mansioni disponibili mediante il reimpiego del lavoratore licenziato, si limita a prescrivere l'obbligo di dare la preferenza al dipendente estromesso solo nel caso in cui l'imprenditore decida di coprire le funzioni disponibili adibendovi un lavoratore subordinato²⁹². Egli resterà, dunque, libero di far fronte alle funzioni rimaste

²⁸⁹ G. SANTORO-PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 2, p. 236.

²⁹⁰ S. BRUN, *L'obbligo di repêchage tra elaborazione giurisprudenziale e recenti riforme*, cit., p. 789.

²⁹¹ *Ivi*, p. 786.

²⁹² S. BRUN, *L'obbligo di repêchage tra elaborazione giurisprudenziale e recenti riforme*, p. 785.

scoperte come ritiene più opportuno, potendo ricorrere sia ad esternalizzazioni che alla loro redistribuzione tra personale già presente in azienda, in piena armonia con il principio di insindacabilità delle scelte tecnico-organizzative. Solo nell'ipotesi in cui decida di adibirvi un lavoratore subordinato, dovrà preferire il dipendente licenziato ad un nuovo assunto.

Una diversa opzione interpretativa, pur convivendo le tesi dell'irriducibilità della violazione dell'obbligo di matrice giurisprudenziale alla figura della manifesta infondatezza dell'atto di recesso, evidenzia come l'incompatibilità del *repêchage* rispetto all'ordinamento di diritto positivo, risulti vistosamente accresciuta a seguito degli ultimi interventi legislativi in materia²⁹³. La possibilità di rimettere in discussione alcune incrostazioni paternalistiche introdotte dalla giurisprudenza²⁹⁴ emerge, innanzitutto, dalla nuova formulazione dell'art. 18, c. 7 St. lav., in quanto nel "fatto posto a base del licenziamento" non sembra potersi ricomprendere l'obbligo di collocare il lavoratore in mansioni alternative. Se a ciò si aggiunge la previsione di una procedura preventiva, nell'ambito della quale le parti "procedono ad esaminare anche soluzioni alternative al recesso" (nuovo art. 7, l. n. 604/1966), risulta evidente la volontà legislativa di richiamare la procedura prevista per il licenziamento collettivo, così da affidare interamente alla trattativa tra le parti la possibilità di individuazione di alternative al licenziamento²⁹⁵. Un'ulteriore conferma della svalutazione legislativa dell'obbligo di *repêchage*, emerge sia dalla formulazione originaria dell'art. 30, l. n. 183/2010 il quale, nel tentativo di salvaguardare il potere imprenditoriale, sancisce che « *In tutti i casi nei quali le disposizioni di legge (...) contengano clausole generali, ivi comprese (...) (il) recesso, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro* », sia dall'aggiunta che a questa disposizione di legge è stata apportata dall'art. 1, c. 43, l. n. 92/2012, ai sensi del quale l'inosservanza dei limiti posti al sindacato di

²⁹³ Secondo la tesi in esame, l'obbligo di *repêchage* risultava già incompatibile con la lettera dell'originario art. 3, l. n. 604/1966; cfr. F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., p. 504.

²⁹⁴ Espressione utilizzata da F. CARINCI, cit., p. 504.

²⁹⁵ F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., p. 504.

merito, costituisce motivo di impugnazione per Cassazione per violazione di norme di diritto²⁹⁶. Dall'insieme di questi dati normativi emerge, in ultima analisi, una scelta di politica del diritto intesa a privilegiare la crescita occupazionale mediante strumenti di flessibilizzazione in uscita dal rapporto di lavoro, nell'ambito della quale creazioni giurisprudenziali quali l'obbligo di *repêchage*, ma anche l'irrilevanza di scelte di licenziamento connesse alla mera realizzazione di profitto, risultano porsi in evidente contrasto. A fronte di queste considerazioni, pur non apparendo verosimile, data la sua forza inerziale, la scomparsa dell'obbligo di *repêchage*, quest'ultimo è destinato ad assumere una rilevanza limitata, attraverso l'applicazione della sola indennità risarcitoria²⁹⁷. Oltre all'argomento di politica del diritto, secondo cui la flessibilità in uscita risulta destinata a prevalere, per volontà legislativa, sulle tecniche di difesa ad ogni costo della singola occupazione elaborate dalla giurisprudenza, la tesi in esame è stata oggetto di un ulteriore approfondimento, al fine di definire, alla luce del novellato art. 18, c. 7 St. lav., come debba strutturarsi il controllo giudiziale relativo alla mancata offerta di un'altra occupazione. Il "fatto" posto a base del licenziamento, di cui il giudice è tenuto ad accertare la manifesta insussistenza, è inscindibilmente costituito da due profili: la soppressione del posto e l'assenza di possibilità di *repêchage*²⁹⁸. Di conseguenza, nel caso in cui il datore di lavoro sia riuscito a provare la soppressione del posto cui era addetto il lavoratore, ma non quella dell'inutilizzabilità *aliunde* dello stesso, troverà applicazione la sola tutela risarcitoria in quanto, ai fini della "manifesta insussistenza del fatto", risulta necessario il convincimento del giudice in ordine all'assenza di entrambi i fatti costitutivi del giustificato motivo oggettivo²⁹⁹. Questa conclusione appare rafforzata dall'aggettivo utilizzato dal legislatore nella nuova formulazione dell'art. 18, c. 7 in quanto, per essere "manifestamente insussistente", dovrà risultare inesistente l'intero fatto posto a fondamento del licenziamento e non solo una parte di esso³⁰⁰.

²⁹⁶ *Ivi*, p. 505.

²⁹⁷ F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, p. 505.

²⁹⁸ C. PISANI, *Il repêchage nel licenziamento per motivi oggettivi: la «creazione» si espande all'incertezza*, in *Mass. giur. lav.*, 2013, 4, p. 192.

²⁹⁹ *Ibidem*.

³⁰⁰ *Ibidem*.

6.5 Obbligatorietà o facoltatività della tutela reintegratoria

Le incertezze applicative derivanti dalla formulazione dell'art. 18, c. 7 St. lav., concernenti la nozione di “manifesta insussistenza del fatto” ed il suo rapporto con le ragioni di giustificato motivo oggettivo enunciate dall'art. 3, l. n. 604/1966, appaiono aggravate dalla attribuzione al giudice di un inedito potere discrezionale nell'applicazione della tutela reale. Infatti, secondo la lettera della disposizione, nell'ipotesi in cui sia accertata la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per motivi economici, il giudice “può” (non deve) applicare la tutela reintegratoria. Ora, l'utilizzo del verbo “può”, non accompagnato da alcun criterio regolatore della discrezionalità del giudice, ha sollevato perplessità sia in considerazione dell'eterogeneità di questa previsione rispetto alla logica di fondo del nuovo regime sanzionatorio, incentrata sulla predeterminazione legislativa delle fattispecie a cui risulta applicabile l'una o l'altra tutela³⁰¹, sia in relazione alla doverosità della tutela reale in caso di licenziamento disciplinare³⁰². Il dibattito dottrinale condotto sino a questo momento, si è assestato su due letture diametralmente opposte: mentre una prima opzione interpretativa, fedele alla formulazione letterale, ritiene incontestabile l'attribuzione al giudice di un potere discrezionale, un secondo approccio esegetico ritiene opportuno interpretare il “può” come “deve”.

All'interno della prima lettura, secondo cui la formula “può” risulterebbe alludere ad un potere discrezionale del giudice, è possibile individuare due diversi approcci ermeneutici. Alcuni autori, nell'evidenziare come il giudice, sulla scorta del nuovo art. 18, c. 7 St. lav., diventi beneficiario di un potere discrezionale amplissimo sotto il profilo della scelta della sanzione applicabile all'ipotesi di “manifesta insussistenza del fatto”³⁰³, pongono in evidenza la scarsa tenuta costituzionale di tale previsione. La prefigurazione di una tutela reintegratoria solo eventuale appare, infatti, incostituzionale per violazione del principio di

³⁰¹ R. DEL PUNTA, *La flessibilità in uscita. Licenziamenti individuali*, cit.

³⁰² O. MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti del nuovo art. 18 St. lav.*, cit., p. 252.

³⁰³ R. DEL PUNTA, *La flessibilità in uscita. Licenziamenti individuali*, cit., G. VIDIRI, *La riforma Fornero: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 4, p. 648; A. TOPO, *Le regole in materia di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, cit., p. 68; M. FERRARESI, *Il licenziamento per motivi oggettivi*, in M. MAGNANI e M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, Giuffrè, 2012, p. 266; F. SCARPELLI, *Il licenziamento individuale per motivi economici*, cit.

ragionevolezza, avendo riguardo al *tertium comparationis* rappresentato dalla doverosità della tutela reale in caso di illegittimità del licenziamento disciplinare³⁰⁴ per “insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili”³⁰⁵. Infatti, se è vero che la previsione, per il licenziamento per motivi economici, di un regime sanzionatorio differente da quello predisposto per il licenziamento disciplinare, potrebbe essere giustificato dall’assenza di una tutela costituzionale del diritto alla reintegrazione e dalla libertà lasciata al legislatore ordinario nel definire le forme di tutela (anche risarcitoria) ritenute più opportune, appare nondimeno necessario interrogarsi sulla compatibilità tra l’art. 18, c. 7 e il principio di eguaglianza sancito dalla Costituzione. L’art. 3 Cost., nel sancire il diritto alla parità di trattamento in presenza di uguali condizioni soggettive ed oggettive e la necessità di una regolamentazione differenziata in relazione a situazioni tra loro diverse, sottende un giudizio di comparazione tra la scelta legislativa, potenzialmente illegittima, ed altre discipline previste dalla legge. Infatti, le valutazioni di legittimità costituzionale sul rispetto del principio di eguaglianza “comportano per definizione che la normativa impugnata venga posta a confronto con un’altra o con altre normative, per stabilire in tal modo se il legislatore abbia dettato disposizioni così poco ragionevoli da doversi ritenere costituzionalmente illegittime”³⁰⁶. Nell’individuare il *tertium comparationis* idoneo a consentire una valutazione dell’art. 18, c. 7 alla luce del principio di eguaglianza, la dottrina in esame prende in considerazione la ricostruzione secondo cui la diversità di regolamentazione tra licenziamento economico e disciplinare sarebbe giustificata dall’eterogeneità degli interessi coinvolti. Questa tesi appare opinabile sotto diversi profili. Innanzitutto, dal punto di vista del datore di lavoro, sia il licenziamento economico che quello disciplinare, benché aventi contenuti diversi, risultano unificati dal loro essere attinenti ad interessi organizzativi dell’imprenditore. In secondo luogo, il licenziamento disciplinare non coinvolge

³⁰⁴ O. MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti del nuovo art. 18 St. lav.*, cit., p. 252; P. ALBI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, cit.

³⁰⁵ Art. 18, c. 4, St. lav.

³⁰⁶ Corte Cost., sent. n. 10/1980.

soltanto l'onorabilità del lavoratore, ma anche il corretto bilanciamento tra le esigenze organizzative dell'impresa e l'interesse del dipendente alla prosecuzione del vincolo contrattuale. In terzo luogo, il licenziamento per motivi economici non determina solo la lesione di un interesse economico-professionale, ma anche di tutti i valori costituzionalmente garantiti al lavoratore, non potendosi trascurare la rilevanza dello svolgimento di un'attività lavorativa come strumento di valorizzazione della personalità dell'individuo³⁰⁷. Alla luce di queste considerazioni, le differenze tra le due causali di licenziamento, seppur esistenti, appaiono di gran lunga inferiori rispetto agli elementi in comune³⁰⁸, così da potersi individuare nel licenziamento disciplinare un *tertium comparationis* appropriato, adeguato e omogeneo³⁰⁹. In presenza di situazioni fortemente omogenee, la prefigurazione della sanzione reintegratoria come obbligatoria per il licenziamento disciplinare e come facoltativa per quello economico, fa sorgere seri dubbi circa la ragionevolezza dell'art. 18, c. 7 St. lav. il quale, nella parte in cui prevede che il giudice "può" applicare il rimedio reintegratorio, si pone in contrasto con l'art. 3 Cost.

All'interno dell'orientamento dottrinale secondo cui il giudice, in caso di manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento, ha la facoltà (e non l'obbligo) di disporre la reintegra, troviamo un filone interpretativo che, lungi dal sollevare dubbi di legittimità costituzionale, ritiene la previsione di cui all'art. 18, c. 7 St. lav. correttamente inquadrabile in termini di giudizio equitativo³¹⁰. Secondo questa ricostruzione, mentre nel licenziamento disciplinare l'insussistenza del fatto determina in automatico la reintegrazione nel posto di lavoro, nel licenziamento per motivi economici l'accertamento della manifesta insussistenza del fatto è elemento necessario ma non sufficiente per accedere alla tutela reale, il quale deve essere seguito da un'ulteriore valutazione del giudice. Il termine "può" sottenderebbe, quindi, un ulteriore presupposto che il magistrato dovrebbe valutare al fine di accordare o meno la reintegrazione. Nell'individuare

³⁰⁷ V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale*, cit., p. 560.

³⁰⁸ *Ibidem*.

³⁰⁹ A. CELOTTO, *Eguaglianza e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana*, reperibile in <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2557/11.pdf>, p. 127.

³¹⁰ Cfr. A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, cit. e C. PISANI, *Il repêchage nel licenziamento per motivi oggettivi: la «creazione» si espande all'incertezza*, cit.

l'oggetto di questa valutazione, si evidenzia come essa non possa essere tautologica, vale a dire motivata sulla base della "manifesta insussistenza del fatto"³¹¹ e neppur fondata su una sorta di "più che manifesta fondatezza"³¹², non risultando ammissibile una graduazione all'interno della già controversa formulazione normativa. La soluzione viene, invece, individuata in una tripartizione del controllo giudiziale. Se il giudice, in una prima fase, ha accertato l'ingiustificatezza semplice del licenziamento, procederà a verificare se sussiste l'ulteriore requisito della "manifesta insussistenza"; se anche quest'ultimo elemento dovesse risultare presente, il magistrato valuterà se ordinare o meno la reintegrazione nel posto di lavoro, esercitando il potere di equità integrativa a lui attribuito per legge³¹³. Gli elementi rilevanti, al fine di orientare tale valutazione equitativa, saranno fatti concernenti la posizione del lavoratore, come le condizioni del mercato del lavoro rispetto alla qualifica posseduta dallo stesso, in modo da valutare il tempo necessario al reperimento di una nuova occupazione. Quanto alla ripartizione dell'onere probatorio, spetterà al lavoratore non soltanto provare la "manifesta" insussistenza del fatto, ma anche gli ulteriori elementi idonei a condurre il giudizio di equità verso una decisione di reintegrazione. Così, mentre il datore di lavoro, per scongiurare la reintegra, potrà fare valere, ad esempio, il fatto che l'*ex* dipendente abbia già trovato un altro posto di lavoro oppure che la sua qualifica sia molto richiesta sul mercato del lavoro, sarà il lavoratore a dover provare tutti quegli elementi (situazione di disoccupazione, difficile reperibilità di un altro posto di lavoro, condizioni economiche precarie,...) idonei a fondare una decisione di reintegrazione nel posto di lavoro³¹⁴. In conclusione, la discrezionalità lasciata al giudice nell'individuazione della sanzione da applicare, trova la propria *ratio* "nell'esigenza di consentirgli di valutare, caso per caso, l'opportunità della reintegrazione in relazione alle condizioni della situazione concreta"³¹⁵, potendo in tal senso assumere rilevanza

³¹¹ A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, cit., pp. 58-59.

³¹² C. PISANI, *Il repêchage nel licenziamento per motivi oggettivi: la «creazione» si espande all'incertezza*, cit., p. 745.

³¹³ *Ivi*, p. 746.

³¹⁴ *Ibidem*.

³¹⁵ M. FERRARESI, *Il licenziamento per motivi oggettivi*, cit., p. 266.

le richieste avanzate dalle parti negli atti processuali ed in sede di interrogatorio formale.

Una diversa interpretazione della disposizione secondo cui il giudice “può”, in caso di manifesta insussistenza del fatto, applicare la sanzione reintegratoria, viene prospettata da quella parte della dottrina che ritiene opportuno interpretare il verbo “può” come “deve”. Anche all’interno di questo orientamento coesistono due differenti ricostruzioni interpretative che, pur muovendosi lungo percorsi ermeneutici antitetici, pervengono alla medesima conclusione in merito all’obbligo per il giudice di applicare la tutela reintegratoria in presenza del presupposto della “manifesta insussistenza del fatto”.

Secondo una prima lettura, riconducibile alla corrente interpretativa che abbiamo definito come “razionalizzante”, ai sensi del novellato art. 18, c. 7 St. lav. il giudice è tenuto ad effettuare un controllo bifasico: innanzitutto, dovrà verificare se il fatto posto a base del licenziamento, sulla scorta dei parametri individuati dalla giurisprudenza, integri o meno un giustificato motivo di licenziamento; appurata l’illegittimità dell’atto di recesso, il giudice, al fine di individuare la sanzione applicabile, sarà tenuto ad accertare se il fatto materiale, inidoneo ad configurare un licenziamento giustificato, sia o meno esistente. Alla luce della tassatività delle condizioni nelle quali la reintegrazione opera, è da escludersi la sussistenza di alcun margine di discrezionalità in capo al giudice, il quale, in base all’elementare distinzione tra l’essere e il non essere, dovrà limitarsi a verificare la sussistenza o meno dei quei presupposti, indicati dalla norma, che consentono o precludono l’accesso alla tutela reintegratoria³¹⁶. Ad un’interpretazione letterale della disposizione dovrà, quindi, preferirsi un approccio sistematico, tale da ridurre il grado di discrezionalità del giudice e da garantire la certezza del diritto³¹⁷. Tale soluzione, viene ulteriormente argomentata dal punto di vista testuale e semantico. Partendo dal dato testuale,

³¹⁶ A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo*, cit., p. 443. La medesima impostazione, secondo cui un’interpretazione letterale della disposizione non appare coerente con “l’impianto di una riforma che ha, tra le sue finalità dichiarate, anche quella di definire tassativamente le ipotesi di reintegrazione e che pare avervi provveduto facendo propria una prospettiva prettamente oggettiva”, è sostenuta da C. COLOSIMO, *Prime riflessioni sul sindacato giurisdizionale*, cit., p. 2046.

³¹⁷ G. SANTORO-PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo e l’ambito della tutela risarcitoria*, cit., p. 238.

risulta evidente come dall'art. 18, c. 7. St. lav. non sia ricavabile alcun criterio utilizzabile dal giudice nell'(ipotetica) scelta tra reintegra e mera indennità, a differenza di altre ipotesi nelle quali il legislatore ha espressamente limitato la discrezionalità riconosciuta al giudice, imponendogli un onere di specifica motivazione³¹⁸. A questo argomento, di per sé sufficiente a provare l'insostenibilità della tesi secondo cui con il verbo "può" il legislatore avrebbe inteso riconoscere al giudice un margine di discrezionalità nella scelta tra sanzione reintegratoria e quella indennitaria, si affianca un ulteriore elemento di natura semantica. Infatti, posto che nel nuovo sistema rimediale la tutela più garantistica è divenuta recessiva rispetto a quella meramente risarcitoria, il "potere" del giudice può essere letto come "dovere", nel senso che il giudice è autorizzato, in presenza di determinati presupposti, ad applicare la tutela più pregnante che, in ogni altro caso di licenziamento ingiustificato, non potrebbe concedere³¹⁹.

L'inadeguatezza di una soluzione interpretativa letterale, secondo cui il giudice non sarebbe obbligato a condannare il datore di lavoro a reintegrare il lavoratore, potendo anche decidere di applicare la disciplina di cui all'art. 18, 5 c. St. lav., viene evidenziata anche da alcuni autori appartenenti all'approccio interpretativo "riduzionista" seppure, come è agevole immaginare, sulla base di ragioni differenti³²⁰. Innanzitutto, da un punto di vista teorico, relativo alla struttura finalistica della norma, risulterebbe del tutto incoerente rimettere la determinazione della sanzione alla discrezionalità del giudice. Infatti, se è vero che l'innovazione legislativa ha inciso sui rimedi su cui il lavoratore potrà fare affidamento nell'ipotesi in cui il giudice accerti l'illegittimità del licenziamento, non apparirebbe adeguato demandare la concreta individuazione della sanzione a "variabili ed imponderabili determinazioni giudiziali"³²¹. L'incertezza giuridica derivante, sul piano esegetico ed applicativo, da un'interpretazione testuale dell'art. 18, c. 7 St. lav., risulterebbe peraltro acuita dalla assenza di parametri

³¹⁸ Ad esempio, nella determinazione dell'indennità risarcitoria onnicomprensiva, dovuta in tutte le ipotesi riconducibili alla nuova tutela obbligatoria (art. 18, c. 4, 5, 6 St. lav.). Cfr. A. PALLADINI, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 4, 2012, p. 659.

³¹⁹ *Ibidem*.

³²⁰ Cfr. A. PERULLI, *Efficient breach*, cit., pp. 580-581; ID, *Fatto e valutazione giuridica del fatto*, cit., pp. 790-791.

³²¹ A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto*, cit., p. 791.

normativi tali da limitare o orientare la discrezionalità del giudice. In secondo luogo - e qui si può apprezzare la distanza che separa questa tesi da quella sopra riportata - la struttura della disposizione, se sottoposta ad interpretazione letterale, sarebbe tale da determinare una vera e propria disparità di trattamento tra il licenziamento disciplinare e quello per motivi economici. Infatti, mentre per disciplinare la prima fattispecie il legislatore ha utilizzato la formula secondo cui il giudice “annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro”, non lasciando alcun margine di discrezionalità all’organo giudicante, nella seconda ipotesi, sulla base di un’interpretazione letterale dell’ambigua previsione secondo cui il giudice “può” applicare la sanzione reintegratoria, il magistrato non sarebbe obbligato a condannare l’imprenditore alla reintegrazione del lavoratore, potendo anche decidere di applicare la disciplina di cui al comma 5. Ne deriverebbe un’evidente violazione del principio di eguaglianza di cui all’art. 3 Cost, non potendosi ravvisare alcun ragionevole motivo di differenziazione tra il trattamento sanzionatorio previsto per un licenziamento disciplinare fondato su un fatto insussistente e quello stabilito per un licenziamento per motivi economici fondato su un fatto manifestamente insussistente. Proprio al fine di scongiurare una questione di legittimità costituzionale, la tesi in esame propone una interpretazione correttiva che, nel leggere il verbo “può” come un “deve”, elida la diversità terminologica esistente tra il comma 4 ed il 7 ed allinei il relativo trattamento sanzionatorio³²². Di conseguenza il giudice, accertati i presupposti indicati dalla norma, in entrambi i casi dovrà condannare il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro.

6.6 Prime applicazioni giurisprudenziali

Le numerose perplessità sollevate in dottrina dalla nuova formulazione dell’art. 18, c. 7 St. lav. si sono concentrate, come emerso dalla precedente rassegna dottrinale, su due questioni. Il primo profilo di criticità è rappresentato dall’interpretazione della formula “manifesta insussistenza del fatto” in quanto, posto che i fatti o esistono o non esistono, non risulta logicamente concepibile una graduazione tra un evento oggettivo manifestamente insussistente ed uno *sic et*

³²² A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto*, cit., p. 792; R. PESSI, *I licenziamenti per motivi economici*, in *Arg. dir. lav.*, 4-5-, 2013, p. 771.

simpliciter insussistente. Il secondo concerne, invece, la previsione che sembra lasciare al giudice, in caso di manifesta insussistenza del fatto, la possibilità, ma non l'obbligo, di ricorrere alla tutela reale, senza tuttavia offrire parametri su cui fondare tale decisione. Le differenti interpretazioni emerse in materia, rendono evidente la difficoltà di individuare le finalità di una riforma che, nel complesso, non presenta precisi riferimenti valoriali e non indica con esattezza il percorso dell'*iter* motivazionale necessario per dirimere correttamente le controversie concernenti il profilo della giustificatezza di un licenziamento intimato per motivi economici. Per verificare se ed in che misura tali incertezze interpretative si ripropongano in sede applicativa, appare necessario procedere all'analisi delle ordinanze che, nei primi due anni successivi alla Riforma Fornero, hanno affrontato il tema del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Nella seguente rassegna giurisprudenziale, le pronunce analizzate saranno poste in relazione tra loro e ricondotte nell'ambito del dibattito dottrinale, così da verificare quali siano i primi orientamenti emersi in sede giudiziale procedendo per macro-aree: la natura materiale o giuridica del fatto posto a fondamento del licenziamento, l'obbligo di *repêchage* e l'alternativa tra facoltà e obbligo nell'applicazione della tutela reintegratoria.

6.6.1 La natura materiale o giuridica del fatto

Tra le diverse pronunce aventi ad oggetto una controversia in tema di giustificato motivo oggettivo, appare utile, innanzitutto, soffermarsi su quelle che risultano aver maggiormente approfondito, in sede motivazionale, la questione relativa alla natura giuridica o materiale del fatto posto a base del licenziamento. Con ordinanze Trib. Roma 16 luglio 2013, Trib. Venezia 10 settembre 2013 e Trib. Bologna 7 ottobre 2013 sono stati affrontati tre distinti ricorsi, aventi il medesimo oggetto del contendere. I diversi ricorrenti, di fronte alle autorità giudiziarie rispettivamente competenti, avevano premesso di aver lavorato per Anas s.p.a. inizialmente con un contratto di somministrazione, più volte prorogato, successivamente mediante contratto di lavoro a tempo determinato alle dipendenze dirette della società. Il rapporto di lavoro era cessato *ante tempus* a seguito del recesso datoriale determinato dalla soppressione dell'Istituto di

Vigilanza, al quale i lavoratori erano adibiti, e dal trasferimento al Ministero dei trasporti del solo personale assunto con rapporto di lavoro a tempo indeterminato, in servizio in data 31 maggio 2012, secondo quanto stabilito dall'art. 32, c. 5 del DL 6.7.2001 n. 98, convertito in l. n. 111/2012. I ricorrenti chiedevano al Giudice del lavoro di accertare che tra loro e Anas S.p.a. fosse intercorso un rapporto di lavoro a tempo indeterminato sin dalla stipula del contratto di lavoro somministrato, con conseguente proclamazione dell'invalidità del licenziamento, ordine di immediata reintegrazione nel posto di lavoro e condanna al pagamento delle retribuzioni globali maturate dalla data del licenziamento fino al ripristino del rapporto di lavoro, presso il Ministero dei trasporti. A sostegno delle proprie pretese, i ricorrenti eccepivano l'invalidità del rapporto di lavoro somministrato a causa della genericità della causale giustificativa del ricorso alla somministrazione, dell'insussistenza del requisito della temporaneità, della violazione dell'obbligo di motivazione e delle disposizioni contrattuali in materia di durata del contratto di somministrazione e delle proroghe contrattuali. Essi contestavano, inoltre, l'illegittimità della clausola appositiva del termine del contratto a tempo determinato per carenza dei presupposti normativi ed, in particolare, per violazione dell'obbligo di motivazione, insussistenza delle ragioni addotte e non temporaneità delle stesse. Infine, veniva rilevata la violazione delle clausole di contingentamento previste sia per la somministrazione di lavoro che per il lavoro a tempo determinato.

In via preliminare rispetto alla centrale questione relativa all'illegittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, le Corti hanno dovuto pronunciarsi sull'eccezione di inapplicabilità del c.d. rito "Fornero", pervenendo a soluzioni differenti sotto il profilo dell'applicabilità del rito sommario all'ipotesi in cui sia richiesta in giudizio la costituzione del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore. Con pronuncia Trib. Roma 16 luglio 2013, il giudice del lavoro si pronunciava a favore dell'esperimento del rito sommario con riferimento alla domanda avente ad oggetto l'applicazione dell'art. 18 St. lav., posto che la richiesta di illegittimità del licenziamento risultava subordinata al preventivo accertamento circa l'irregolarità del contratto di somministrazione. Questo accertamento, infatti, risultava attinente alle "questioni relative alla qualificazione

del rapporto” rientranti, ai sensi dell’art. 1, c. 47 St. lav., nell’ambito di applicazione dell’art. 18 St. lav. La *ratio* della disposizione deve, quindi, essere correttamente individuata nella volontà legislativa di rendere obbligatorio il ricorso al più celere rito sommario ogni qual volta, indipendentemente dalla forma del rapporto dedotto in giudizio, sia necessario fare applicazione della tutela reale, così da attrarre nel campo di applicazione dell’art. 18 St. lav. anche quei rapporti che risulterebbero solo formalmente estranei alla garanzia della stabilità. Di conseguenza, ricade in tale accertamento anche la questione relativa all’irregolarità del contratto di somministrazione quando, come nel caso in esame, sia invocata l’applicazione dell’art. 18 St. lav. nei confronti del formale utilizzatore. Il giudice si preoccupa, tuttavia, di ribadire la natura meramente incidentale di tale controllo, il quale risulta necessario per pervenire alla decisione sull’unica domanda sul quale il giudice può statuire, vale a dire quella concernente la legittimità o meno del licenziamento. La questione relativa all’applicabilità del rito sommario all’ipotesi in cui l’illegittimità del licenziamento sia connessa alla preliminare richiesta di conversione del contratto di somministrazione invalido in contratto di lavoro alle dipendenze del somministratore, non è stata, invece, affrontata con pronuncia Trib. Venezia 10 settembre 2013. Il Giudice del lavoro ha, infatti, ritenuto tale accertamento assorbito in quello relativo all’illegittimità del contratto a termine che, nel comportare la conversione del rapporto da tempo determinato ad indeterminato, consente di applicare l’art. 18 St. lav., a patto che sussista un licenziamento prima dello spiare del termine convenuto. Il Giudice del lavoro di Bologna ha, invece, affermato l’inammissibilità della questione nell’ambito del rito Fornero, assumendo in tal senso rilievo sia la considerazione secondo cui il rapporto di somministrazione con Anas s.p.a. non si sarebbe concluso in forza di un atto qualificabile come licenziamento, sia la natura meramente incidentale di questo accertamento rispetto alla domanda proposta in relazione al contratto di lavoro a termine, concluso direttamente con la società di trasporti ed interrottosi a seguito di un recesso formale *ante tempus*, qualificabile come licenziamento a seguito della conversione del contratto in rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Con riferimento ai contratti di lavoro a termine stipulati tra i ricorrenti e Anas s.p.a., le

pronunce affermano unanimemente l'illegittimità del termine apposto per una pluralità di ragioni, quali la genericità ed l'indeterminatezza delle formule contrattuali utilizzate per giustificare il ricorso a tale tipologia contrattuale, il superamento della clausola di contingentamento, l'omessa predisposizione del documento di valutazione dei rischi. L'utilizzo improprio dello strumento normativo in questione, impiegato per fronte ad esigenze stabili e permanenti di personale, ha condotto le Corti alla dichiarazione di illegittimità del termine apposto al contratto, conseguente conversione in contratto a tempo indeterminato. Accertata la sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato tra l'Anas ed i singoli ricorrenti, i giudici del lavoro pervenivano a qualificare il recesso datoriale, esercitato *ante tempus* rispetto alla scadenza del termine finale apposto al contratto, come atto di licenziamento. Con riferimento alla questione inerente la legittimità del licenziamento intimato, il giustificato motivo oggettivo indicato dalla società, consistente nella soppressione dell'IVCA e nel trasferimento *ex lege* al Ministero dei Trasporti del solo personale impiegato con rapporto a tempo indeterminato, risultava, in forza della conversione dei rapporti di lavoro, giuridicamente inesistente. Nel dibattito relativo alla nozione di "fatto", la cui sussistenza/insussistenza si pone alla base della distinzione tra reintegra e tutela indennitaria, le pronunce in esame accolgono senza riserve la nozione di fatto in senso giuridico. Accedendo alla tesi del c.d. "fatto giuridico", l'espressione "manifesta insussistenza del fatto" non può che riferirsi al motivo oggettivo addotto dal datore di lavoro a sostegno del licenziamento, dovendo trovare applicazione la tutela reintegratoria in tutte quelle ipotesi in cui il fatto addotto dal datore di lavoro sia giuridicamente inesistente. In particolare, il Tribunale di Bologna fornisce una definizione del "fatto giuridico", inteso come "*fatto globalmente accertato, nell'unicum degli elementi costitutivi del fatto, ossia la condotta, l'evento, il nesso causale, l'elemento soggettivo, l'antigiuridicità e le premesse di fatto e di diritto che costituiscono presupposto del provvedimento*". Si tratta, con tutta evidenza, di una nozione particolarmente ampia ed atta a ricomprendere, oltre ai profili espressamente indicati, quali le ragioni organizzativo-produttive invocate (l'evento) ed il nesso causale, ulteriori elementi qualificabili come "premesse di fatto" del provvedimento. Nell'ampia nozione di

“fatto giuridico” individuata dalla giurisprudenza in esame, potrebbero rientrare non solo l’obbligo di *repêchage*, ma anche gli ulteriori elementi di fatto ritenuti necessari dalla giurisprudenza maggioritaria, ai fini della legittimità del licenziamento: si pensi al rispetto dei criteri di scelta tra più lavoratori, alla necessità di una situazione economica sfavorevole e non contingente, alla prova di aver proceduto alla soppressione delle mansioni svolte in maniera prevalente dal lavoratore licenziato. Nella pronuncia Trib. Bologna 7 ottobre 2013, l’accoglimento della tesi del fatto giuridico viene argomentata evidenziando le ragioni che rendono insostenibile l’opposta ricostruzione, prendendo come riferimento il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo soggettivo, alla cui disciplina il c. 7 rinvia. Secondo la Corte, l’interpretazione dell’espressione “insussistenza del fatto” come riferita al solo fatto materiale, rappresenterebbe una palese violazione dei principi generali dell’ordinamento civilistico, quali la diligenza e la buona fede nell’esecuzione del rapporto lavorativo, in quanto porterebbe a ritenere applicabile la sanzione indennitaria a licenziamenti disciplinari che, pur fondati su fatti materiali esistenti, siano privi dell’elemento psicologico, della coscienza dell’azione, di antigiuridicità, dei presupposti di *status* e di quelli giuridici. Con particolare riferimento al caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo in esame, il Giudice del lavoro evidenzia come, accedendo ad un nozione di fatto in senso materiale, il fatto posto a fondamento della risoluzione del posto di lavoro non potrebbe considerarsi “insussistente” neppure se il licenziamento fosse stato intimato, con identica motivazione, ad un lavoratore assunto fin dall’inizio con regolare contratto di lavoro a tempo indeterminato. Infatti, la previsione legislativa che dispone il passaggio del ramo di azienda IVCA, con conseguente trasferimento del personale a tempo indeterminato, al Ministero dei Trasporti, se considerata nella sua materiale esistenza, non potrebbe che considerarsi sussistente. Di conseguenza, neppure rispetto ad licenziamento intimato ad un lavoratore a tempo indeterminato potrebbe ritenersi provata la manifesta insussistenza del fatto, dovendosi inquadrare l’atto di recesso nelle “altre ipotesi” di insussistenza del g.m.o., con conseguente sanzione meramente indennitaria. La tesi del fatto giuridico consente, al contrario, di ripristinare il nesso esistente tra il fatto materiale (nel

caso di specie la disposizione di legge relativa al trasferimento dell'IVCA) e la sua valutazione giuridica. Così, a seguito della conversione del rapporto di lavoro da tempo determinato ad indeterminato, la disposizione normativa invocata a fondamento dell'atto di recesso, benché materialmente esistente, non risulta giuridicamente applicabile ai lavoratori ricorrenti, dovendosi concludere per la sua “manifesta insussistenza” sul piano giuridico, con conseguente applicazione della tutela reintegratoria.

A queste tre pronunce ora esaminate è possibile affiancare, per affinità tra le cause e per identità delle soluzioni interpretative, l'ordinanza Trib. Roma 21 dicembre 2013. Nel caso di specie, le parti avevano stipulato, in data 18.7.2012, un contratto di lavoro a tempo determinato, il quale prevedeva un periodo di prova di 4 mesi caratterizzato dalla facoltà per parti di recedere liberamente, senza preavviso. La stipulazione di questo contratto era stata preceduta nel 2011 dallo svolgimento, da parte della lavoratrice, di un'attività di collaborazione all'organizzazione di eventi presso la società, formalmente qualificata come lavoro autonomo. La lavoratrice, a seguito del licenziamento intimatole dalla società in data 18.11.2012 per mancato superamento del periodo di prova, chiedeva, previo accertamento della sussistenza tra le parti di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a partire dal 2011, la dichiarazione di illegittimità del licenziamento e la reintegrazione nel posto di lavoro. A fondamento della propria domanda, la ricorrente deduceva la natura subordinata dell'attività lavorativa svolta nel periodo anteriore alla stipulazione del contratto di lavoro a tempo determinato, con conseguente instaurazione di un rapporto di lavoro a tempo subordinato sin dal 2011, e la nullità sia del termine apposto al contratto del 18.7.2012 che del patto di prova in esso contenuto. Il giudice, ritenendo sufficientemente dimostrato il requisito della subordinazione, inteso come vincolo di soggezione del lavoratore al potere organizzativo e disciplinare del datore di lavoro, ha ritenuto la natura subordinata e a tempo pieno dell'attività lavorativa svolta fin dal 2011, con conseguente nullità derivata del termine apposto al contratto di lavoro. Infatti, posto che il legislatore, nel disciplinare il contratto a termine, non ha inteso legittimare la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato in rapporto a termine, deve ritenersi che

l'apponibilità del termine presupponga che tra le parti non sia già esistente un rapporto di lavoro a tempo indeterminato. L'instaurazione di un rapporto lavorativo a tempo indeterminato sin dal 2011 comporta, inoltre, la nullità, per mancanza di causa, del patto di prova apposto al contratto a termine e, di conseguenza, l'illegittimità del recesso operato dalla società convenuta per mancato superamento del periodo di prova. Infatti, tale atto di recesso, intervenuto nell'ambito di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, rappresenta un licenziamento intimato in assenza di giustificato motivo. L'omessa allegazione di un giustificato motivo oggettivo di licenziamento integra la più grave fattispecie della "manifesta insussistenza del fatto" e comporta l'applicazione della tutela reintegratoria. Nella pronuncia in esame, benché la Corte non abbia espressamente affrontato la questione relativa alla qualificazione del "fatto", emerge ancora una volta un'interpretazione dell'art. 18, c. 7 St. lav. condotta mediante il criterio del fatto in senso giuridico. Infatti il giudice, anziché limitarsi a constatare il fatto materiale del mancato superamento del periodo di prova, ha ritenuto necessario operare una valutazione dello stesso alla luce delle risultanze processuali. L'accertamento dell'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato precedente al contratto a termine, ha determinato la nullità a cascata del patto di prova e la conseguente illegittimità del recesso. Il fatto materiale, rappresentato dall'infruttuoso esperimento del periodo di prova, è stato, quindi, oggetto di una valutazione giuridica che ha condotto, in ultima istanza, ad affermarne l'inesistenza sotto il profilo giuridico.

Le ordinanze esaminate, nell'accogliere la nozione di fatto in senso giuridico, risultano collocarsi nell'ambito di quel filone dottrinale secondo il quale il fatto materiale, per poter assumere rilevanza sul piano del diritto, deve essere oggetto di una valutazione giuridica³²³. In particolare, l'ordinanza Trib. Bologna 7 ottobre 2013, oltre ad evidenziare il necessario rapporto tra fatto storico e suo apprezzamento giuridico, compie un passaggio ulteriore e fornisce la definizione di fatto giuridico inteso come "fatto globalmente accertato, nell'*unicum* degli elementi costitutivi del fatto". Si tratta di una nozione di fatto particolarmente ampia, in quanto ricomprende al suo interno "le premesse di fatto e di diritto che

³²³ A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto*, cit., pp. 801-802.

costituiscono presupposto del provvedimento”. Tale pronuncia può, quindi, essere ricondotta a quella dottrina che, nel considerare il fatto posto fondamento del licenziamento nella sua unitarietà, rintraccia una sostanziale coincidenza tra il fatto di cui deve essere accertata la manifesta insussistenza e la nozione di g.m.o. elaborata dalla giurisprudenza. Da questo orientamento giurisprudenziale emerge, in conclusione, la convinzione secondo cui la nuova disciplina non sarebbe riuscita a spezzare il stretto legame logico-giuridico tra fatto materiale, di cui il giudice deve accertare la manifesta insussistenza, e gli estremi del giustificato motivo oggettivo, con la conseguenza che “insussistenza del fatto posto a base del licenziamento ed ipotesi in cui non ricorrono gli estremi del g.m.o. sono giuridicamente la stessa cosa, perché unico è il prisma attraverso cui l’ordinamento giuridico valuta il fatto”³²⁴. Seguendo questa impostazione, la mancata dimostrazione della sussistenza di tutti gli elementi costitutivi il motivo oggettivo configurerebbe un’ipotesi di manifesta infondatezza del fatto, con conseguente applicazione della tutela reale.

Così come nell’ambito della tesi dottrinale del fatto in senso giuridico esistono, come abbiamo avuto modo di verificare, ricostruzioni che, pur pervenendo a conclusioni analoghe, propongono percorsi argomentativi differenti, allo stesso modo in giurisprudenza sono rinvenibili decisioni che, pur accogliendo la nozione di fatto giuridico, individuano fondamenti logico-giuridici differenti. Il riferimento è alla pronuncia Trib. Reggio Calabria 3 giugno 2013, avente ad oggetto una controversia relativa ad un licenziamento per giustificato motivo oggettivo intimato da una società di costruzioni a causa del completamento dei lavori per il Museo Archeologico Nazionale di Reggio Calabria, dell’assenza di nuove commesse e dell’impossibilità per la ditta di ricollocare utilmente il lavoratore presso altri cantieri. Il ricorrente, nell’impugnare il licenziamento, evidenziava, innanzitutto, come la società non avesse dimostrato né la soppressione del posto occupato dallo stesso, né l’impossibilità del *repêchage*. Con riferimento all’obbligo di ricollocamento, l’istante, coerentemente all’onere di natura giurisprudenziale secondo cui il lavoratore è tenuto a fornire elementi utili ad individuare l’esistenza di realtà idonee ad una sua possibile e diversa

³²⁴ A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto*, cit., pp. 801-802.

collocazione, indicava le possibilità concrete di *repêchage* presso numerosi altri cantieri gestiti dalla società e la propria disponibilità alle trasferte. Inoltre, il lavoratore ribadiva di non essere stato assunto solo per il cantiere del Museo di Reggio Calabria e di non poter essere, quindi, licenziato per la chiusura di questo. A fronte della domanda di reintegrazione nel posto di lavoro, la società resistente eccepiva l'inammissibilità del ricorso nelle forme della l. n. 92/2012, la notevole diminuzione del valore economico dei cantieri rimasti aperti, la riduzione della forza lavoro che, dal 2012 al 2012, era passata da 69 a 49 lavoratori ed il rispetto dei criteri di scelta rappresentati dai carichi di famiglia e dall'anzianità di servizio. Sulla base di questi elementi, la società chiedeva la dichiarazione di inammissibilità e di infondatezza della domanda proposta dal ricorrente. La Corte, prima di entrare nel merito delle opposte pretese, ha dichiarato infondata l'eccezione di inammissibilità della domanda in quanto, posto che il licenziamento era stato intimato in data successiva all'entrata in vigore della l. n. 92/2012, dovevano trovare applicazione sia il procedimento giurisdizionale che la disciplina sostanziale del recesso ai sensi dell'art. 18 l. n. 300/1970, come modificato dalla Riforma Fornero. Inoltre, emergeva pacificamente, dalle deduzioni difensive della società e dalla documentazione allegata, la sussistenza di almeno 60 dipendenti sul territorio nazionale in epoca coeva al licenziamento, vale a dire di quel requisito dimensionale che legittima la trattazione del procedimento secondo il rito sommario. Con riferimento al merito della questione, la fattispecie in esame veniva ricondotta dalla Corte nell'area del giustificato motivo oggettivo, alla luce della motivazione contenuta nella lettera del licenziamento che individuava l'ultimazione dei lavori presso il Museo Nazionale di Reggio Calabria quale unica causa di licenziamento. Il ricorrente aveva contestato il licenziamento in considerazione dell'inidoneità della chiusura del cantiere di Reggio Calabria a giustificare il recesso, in quanto il lavoratore non era stato assunto per lavorare esclusivamente in quel cantiere, potendo lo stesso essere ricollocato presso altri cantieri aperti. La Corte, nell'accogliere una nozione di "fatto" non distinguibile dalla valutazione e connotazione giuridica del fatto stesso, ritiene doversi valutare l'eccepita insussistenza del g.m.o. con riferimento ai profili dell'effettività della soppressione del posto e a quello dell'assenza della

prova dell'impossibilità del *repêchage*. Secondo la ricostruzione in esame, il *repêchage* rappresenterebbe un attributo normativo sostanziale nella definizione di giustificato motivo oggettivo in quanto, sulla base degli artt. 3 e 5 della l. n. 604/1966 rimasti invariati a seguito della Riforma Fornero, la soppressione del posto di lavoro, benché sussistente, non è di per sé sufficiente a configurare un giustificato motivo oggettivo di licenziamento, se a questa non si accompagna la prova dell'impossibilità di ricollocare il lavoratore all'interno dell'impresa. Nel caso di specie, la difesa della società resistente si presentava carente con riferimento ad entrambi i profili. Quanto alla soppressione del posto di lavoro, posto che il contratto di lavoro indicava come sede di lavoro il Teatro San Carlo di Napoli, la società avrebbe dovuto giustificare il licenziamento non solo con riferimento alla chiusura del cantiere, ma anche dimostrando l'effettiva soppressione del posto di architetto dall'organico aziendale. Inoltre, nonostante le puntuali allegazioni del ricorrente in ordine ai cantieri presso i quali avrebbe potuto essere utilmente ricollocato, la ricorrente non aveva dimostrato l'impossibilità di reimpiego su tutta la consistenza aziendale, essendosi limitata ad addurre la sospensione dei lavori e la chiusura di alcuni cantieri, circostanze peraltro non dimostrate o provate in maniera imprecisa e frammentaria. Una volta verificata l'illegittimità del licenziamento, il giudice si è confrontato con il passaggio più oscuro dell'intera novella legislativa, vale a dire la distinzione tra l'ipotesi di insussistenza del g.m.o. "semplice" e quella di manifesta insussistenza, con conseguente differenziazione delle conseguenze sanzionatorie. La pronuncia in esame propone, al fine di individuare quali siano le ipotesi che integrano la manifesta insussistenza del fatto, l'utilizzo di un criterio soggettivo e temporale. Se, al di là dell'infelice formulazione, si interpreta il concetto di insussistenza "manifesta" mediante parametri soggettivi e temporali, si può cogliere la *ratio* della disposizione nella volontà di "sanzionare con maggiore rigore un comportamento datoriale non solo illegittimo, ma particolarmente grave, che per questo lo obbliga al ripristino del rapporto e non al solo pagamento dell'indennità risarcitoria". L'evidenza dell'illegittimità del licenziamento dovrà, allora, essere accertata in considerazione della posizione, del punto di vista e delle conoscenze datoriali al momento dell'atto di recesso. Applicando questo criterio al caso in

esame, emergono diversi elementi sintomatici della consapevolezza *ex ante* del datore di lavoro circa l'infondatezza del licenziamento irrogato. Rileva, innanzitutto, la circostanza per cui il licenziamento era stato intimato esclusivamente per la chiusura del cantiere presso il quale il lavoratore era in quel momento addetto che, peraltro, non rappresentava il cantiere per il quale era stato assunto. A ciò si aggiungeva l'assenza, nella lettera di licenziamento, di riferimento ad una crisi strutturale della società ed all'assenza di posti nell'organico aziendale presso i quali ricollocare il lavoratore. Neppure in sede processuale il datore di lavoro aveva fornito elementi volti a dimostrare che l'esubero concernesse l'intero organico aziendale, nonostante in sede di conciliazione il funzionario della Direzione provinciale del lavoro avesse proposto all'azienda di collocare il dipendente in un altro cantiere del territorio nazionale. Erano quindi già emerse, innanzi alla Commissione di conciliazione, delle concrete alternative al licenziamento, ma tali possibilità di ricollocamento non risultavano essere state prese in considerazione dalla società né in sede di conciliazione né in sede processuale. Gli unici documenti prodotti dal datore di lavoro erano tesi a provare la sospensione dei lavori in alcuni dei cantieri indicati dal lavoratore come concrete ipotesi di ricollocamento, trattandosi peraltro di interruzioni dei lavori meramente temporanee, dovute a fenomeni atmosferici e naturali destinati a cessare in tempi brevi. Non era stato, invece, prodotto alcun documento che, nel legittimare la riduzione strutturale dell'attività aziendale, potesse giustificare una valutazione datoriale *ex ante* di recedere dal rapporto di lavoro. Emergevano, in conclusione, *“elementi sintomatici plurimi, univoci e concordanti, della carenza originaria di elementi atti a giustificare il recesso, carenza che (...) deve ritenersi ben nota e conosciuta o agevolmente conoscibile al datore di lavoro”*, con conseguente qualificazione del giustificato motivo oggettivo addotto a fondamento del licenziamento come *“manifestamente insussistente”*. La ricostruzione proposta, risulta accogliere la tesi che, nel definire la *“manifesta insussistenza del fatto”* quale *“torto marcio”* e *“inescusabilità”* della condotta datoriale, ritiene necessaria una prognosi postuma da parte del giudice. Questi dovrà assumere il punto di vista proprio del datore di lavoro al momento dell'adozione del licenziamento e verificare se, in quel momento ed in quel

contesto, alla luce dei dati conoscibili, esistevano elementi tale da determinare la decisione di recesso in maniera incontrovertibile³²⁵. Se l'errore dovesse risultare inescusabile, la particolare gravità del comportamento datoriale legittimerà una qualificazione in termini di “manifesta insussistenza” del fatto posto a base del licenziamento.

Ponendo a confronto da una parte le ordinanze Trib. Roma 16 luglio 2013, Trib. Bologna 7 ottobre 2013, Trib. Venezia 11 settembre e Trib. Roma 21 dicembre 2013 e, dall'altra, la pronuncia in esame, si possono effettuare alcune considerazioni. Innanzitutto, queste ordinanze condividono la tesi secondo cui il fatto, di cui il giudice è chiamato a verificare la manifesta insussistenza, deve essere considerato nella sua giuridicità. Posto che il fatto materiale, se non sottoposto ad una valutazione normativa, non assume alcun rilievo giuridico, le pronunce in esame appaiono, tuttavia, divergere sotto il profilo del tipo di accertamento che il giudice è chiamato a svolgere. Nel primo gruppo di ordinanze, aventi ad oggetto la riqualificazione di un rapporto di lavoro da tempo determinato ad indeterminato o da autonomo a subordinato, il giustificato motivo oggettivo è stato ritenuto manifestamente insussistente sulla base di una valutazione condotta mediante criteri oggettivi. Con riferimento alle pronunce relative ai licenziamenti intimati da Anas s.p.a., le Corti hanno infatti valutato il motivo di recesso, rappresentato dalla previsione *ex lege* della soppressione dell'IVCA e del trasferimento dei soli rapporti a tempo indeterminato, alla luce della corretta qualificazione dei rapporti di lavoro intercorrenti tra i ricorrenti e la società. La conversione dei contratti di lavoro da tempo determinato ad indeterminato, condotta sulla base di criteri oggettivi quali la genericità e l'indeterminatezza delle ragioni addotte a giustificazione del ricorso al lavoro a termine, ha determinato in maniera consequenziale la valutazione in termini di manifesta insussistenza del motivo posto a fondamento del licenziamento. Allo stesso modo, con ordinanza Trib. Roma 21 dicembre 2013 la causa di licenziamento, rappresentata dal mancato superamento del periodo di prova, è stata valutata alla luce della natura subordinata del rapporto di lavoro

³²⁵ N. SAPONE, *La manifesta oscurità del fatto nel licenziamento economico*, reperibile in *Persona e danno*, http://www.personaedanno.it/index.php?option=com_content&view=article&id=42417&catid=179&Itemid=431&mese=04&anno=2013.

precedentemente esistente tra le parti. Infatti, l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato, in data antecedente alla stipulazione del contratto a termine, ha determinato la nullità del patto di prova e, di conseguenza, la manifesta insussistenza della ragione di licenziamento, individuata proprio nel mancato superamento del periodo di prova. In queste ordinanze, il fatto materiale posto a fondamento del licenziamento (l'art. 32, c. 5 DL 98/11 e l'infruttuoso espletamento del periodo di prova) è stato oggetto di una valutazione giuridica condotta mediante criteri logico-oggettivi. La prospettiva accolta nella pronuncia Trib. Reggio Calabria si presenta, invece, parzialmente differente. Infatti, al fine di apprezzare giuridicamente il fatto materiale rappresentato dalla chiusura di un cantiere, il giudice ha ritenuto opportuno fare ricorso a criteri temporali-soggettivi così da verificare se, dal punto di vista del datore di lavoro e sulla base dei dati a sua conoscenza, l'illegittimità del recesso fosse a lui nota o comunque agevolmente riscontrabile. Se, all'esito di questa prognosi postuma, dovesse emergere la consapevolezza datoriale circa l'infondatezza del licenziamento intimato, l'inescusabilità della condotta datoriale sarà idonea ad integrare il concetto di manifesta insussistenza del fatto. Laddove, invece, pur essendo provata l'illegittimità del licenziamento, non dovesse risultare il "torto marcio" del datore di lavoro, avrà luogo la più tenue sanzione indennitaria.

L'orientamento giurisprudenziale maggioritario risultante dalle prime pronunce di merito, nonostante a soli due anni dall'adozione della l. n. 92/2012 non sia ancora possibile effettuare un bilancio relativo al recepimento giurisprudenziale delle modifiche introdotte in materia di licenziamento per motivi economici, appare orientato verso la tesi del fatto in senso giuridico. Non mancano, tuttavia, pronunce di segno opposto, a dimostrazione del fatto che, se il legislatore aveva inteso ridurre i margini di discrezionalità affidati ai giudici a maggior garanzia della libertà di gestione imprenditore, questo scopo sia stato con tutta evidenza disatteso. Viene in rilievo l'ordinanza Trib. Roma 13 febbraio 2014, avente ad oggetto un'ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo intimato ad un lavoratore impiegato presso un'impresa di pulizie con qualifica di operaio e mansioni di pulitore, con contratto di lavoro *part time*. Nella comunicazione di licenziamento, la ragione economica di licenziamento veniva individuata nella

cessazione dell'appalto di pulizie nell'ambito del quale operava il lavoratore³²⁶. Il ricorrente, nel presentare ricorso avverso il licenziamento, ne lamentava l'illegittimità sia per insussistenza ed irrilevanza della ragione economica posta a base del recesso, essendo il lavoratore impiegato in una pluralità di appalti e non solo in quello cessato, sia per violazione della procedura di cui all'art. 7, l. n. 604/1966., con conseguente richiesta di condanna della società alla reintegrazione nel posto di lavoro e al pagamento delle retribuzioni dalla data del licenziamento fino all'effettiva reintegra, nel rispetto del limite delle 12 mensilità. La società, costituitasi in giudizio, eccepiva la legittimità del licenziamento intimato e ribadiva l'esigenza di procedere alla soppressione del posto di lavoro occupato dal ricorrente, sorta a seguito della cessazione del rapporto di appalto intercorrente con la parrocchia presso cui lo stesso svolgeva la propria attività lavorativa. Alla luce delle risultanze istruttorie, il giudice dichiarava l'illegittimità del licenziamento per difetto di giustificato motivo di recesso in quanto il datore di lavoro non aveva provato, né in via documentale né mediante testimoni, la cessazione del rapporto di appalto tra il committente e la società convenuta. A ciò si aggiungeva la circostanza, allegata dal ricorrente e confermata dalle dichiarazioni di alcuni testimoni, per cui il lavoratore non svolgeva la propria attività lavorativa esclusivamente presso gli uffici parrocchiali, essendo impiegato anche presso altre sedi quali un condominio. Di conseguenza, non emergeva alcuna necessità di procedere alla soppressione del posto di lavoro del ricorrente, in quanto questi avrebbe potuto continuare a prestare servizio presso le diverse sedi. Infine, il giudice rilevava anche il mancato rispetto dell'obbligo di *repêchage*, in quanto la società non aveva fornita prove circa l'impossibilità di ricollocare il lavoratore presso le sedi in cui la stessa operava. Una volta stabilita l'illegittimità del licenziamento, la Corte si è interrogata sulla sanzione applicabile al caso di specie, nell'alternativa tra tutela ripristinatoria ed indennitaria, sia con riferimento al licenziamento disciplinare che a quello per giustificato motivo oggettivo. In particolare, nell'impianto motivazionale della

³²⁶ Ai fini della presente indagine, si analizzerà solo il profilo relativo al licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo, nonostante nel giudizio siano venuti in rilievo altri due distinti atti di recesso: un licenziamento verbale, secondo quanto sostenuto dal lavoratore, ed un licenziamento disciplinare.

pronuncia, la questione relativa alla natura giuridica o materiale del fatto è stato affrontata instaurando tra le due forme di recesso un parallelismo che appare utile richiamare in tal sede per chiarezza espositiva. Con riferimento al licenziamento disciplinare, la sanzione reintegratoria è prevista per le ipotesi in cui il giudice “accert(i) che non ricorrono gli estremi di giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra in condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili”. Il fatto contestato, secondo il giudice *a quo*, richiama il fatto storico dell’inadempimento contrattuale da parte del datore di lavoro, con la conseguenza che, se il fatto non dovesse risultare sussistente, troverà applicazione la tutela reintegratoria; in caso contrario, qualora cioè il fatto sia sussistente ma non talmente grave da impedire la prosecuzione del rapporto di lavoro ovvero tale comportamento non possa essere ricondotto alla persona del lavoratore, conseguirà la mera tutela risarcitoria. Appare utile riportare il passaggio motivazionale sul quale poggia il ragionamento della Corte: *“Il fatto contestato che deve essere insussistente per consentire l’operatività della tutela reintegratoria non è solo il fatto materiale o storico, ma il comportamento del lavoratore che deve essere qualificabile come inadempimento imputabile. Ciò consente di far rientrare nella tutela indennitaria tutte quelle ipotesi in cui, pur sussistendo il fatto storico materiale, allo stesso non possa essere attribuito il carattere di inadempimento ovvero tale comportamento non possa essere ricondotto alla persona del lavoratore”*. Appare evidente la contraddizione in cui cade la Corte nel momento in cui, da una parte, ritiene che il “fatto contestato”, rilevante ai fini della sanzione reintegratoria, non sia solo il fatto storico ma anche la sua qualificazione in termini di inadempimento e la sua imputabilità al lavoratore (lasciando intravedere una valutazione giuridica del fatto) mentre, dall’altra, riconduce queste due ultime ipotesi alla tutela indennitaria. Delle due l’una: o l’insussistenza del fatto contestato, a cui l’art. 18, c. 4 St. lav. collega la sanzione reintegratoria, coinvolge i tre profili della sussistenza materiale, della qualificazione in termini di inadempimento e dell’imputabilità, con la conseguenza che la carenza anche solo di uno di questi profili è tale da

determinare l'insussistenza del fatto e l'applicazione della reintegra, oppure bisogna ritenere che il "fatto contestato" richiami il mero fatto storico, con la conseguenza che, qualora il fatto materiale si sia verificato ma non integri un inadempimento contrattuale, oppure non sia imputabile al lavoratore, troverà spazio la sola tutela indennitaria. Con riferimento al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, la Corte ritiene di poter sviluppare considerazioni analoghe: così come per il licenziamento disciplinare la reintegrazione opera in caso di insussistenza dei fatti indicati dal datore di lavoro a sostegno dell'atto di recesso, allo stesso modo nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo il fatto addotto sarà manifestamente insussistente "*qualora esso non si sia verificato nella realtà (ad esempio la chiusura di un esercizio commerciale che continua ad operare)*" con conseguente reintegrazione nel posto di lavoro. "*Se, invece, il fatto sussiste ma non assume dimensioni tali da integrare un giustificato motivo oggettivo, si rientrerà nella tutela indennitaria*". Nel caso di specie, la società resistente non aveva fornito in giudizio prove relative all'effettiva cessazione del contratto di appalto, da ciò ricavandosi la manifesta insussistenza del fatto (materiale) posto a fondamento del licenziamento e l'applicazione della tutela reintegratoria. In conclusione, dalla motivazione dell'ordinanza in esame, emerge, seppur non in maniera espressa, l'accoglimento della tesi c.d. razionalizzante, secondo cui il legislatore avrebbe inteso limitare l'applicazione della tutela reintegratoria alle sole ipotesi in cui, a seguito di un accertamento giudiziale privo di margini di discrezionalità, dovesse emergere l'insussistenza del fatto materiale che ha determinato il licenziamento. L'ambito riservato alla valutazione giudiziale risulta, secondo tale opzione interpretativa, limitata alle ipotesi in cui il fatto materiale, benché sussistente nella realtà, non sia ritenuto idoneo ad integrare il g.m.o., con conseguente applicazione della sanzione risarcitoria.

6.6.2 L'obbligo di *repêchage* e i criteri di scelta tra i lavoratori

Abbiamo avuto modo di analizzare, nella sezione dedicata agli orientamenti giurisprudenziali emersi e consolidatisi in materia di licenziamento per motivi economici, come il giustificato motivo oggettivo di licenziamento sia stato declinato in una pluralità di profili: la soppressione del posto, il nesso causale tra

questa e la valutazioni organizzative dell'imprenditore, l'inutilizzabilità *aliunde*. A fronte della nuova formulazione dell'art. 18, c. 7 St. lav., il dibattito dottrinale si è concentrato, oltre che sul significato della formula "manifesta insussistenza del fatto", anche sul ruolo assunto dall'obbligo di *repêchage* al fine di stabilire se questo rappresenti un profilo costitutivo del g.m.o. oppure un elemento consequenziale alla soppressione del posto e, come tale, non rientrante nella nozione di "fatto". A questo punto della trattazione, l'analisi delle ordinanze che per prime hanno affrontato la delicata questione del onere di ricollocazione, appare un passaggio obbligato, perché questo profilo rappresenta terreno d'elezione per verificare gli effetti della riforma.

Vengono innanzitutto in rilievo tre ordinanze dalle quali si ricava la considerazione secondo cui la mancata prova del *repêchage* esula dal fatto posto a fondamento del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, risultando di conseguenza applicabile la mera tutela indennitaria. Con ordinanza 8 agosto 2013, il Tribunale di Roma si è pronunciato su un ricorso avente ad oggetto l'illegittimità di un licenziamento intimato ad una lavoratrice, con mansioni di responsabile dell'ufficio paghe, *"a seguito della decisione di sopprimere del tutto l'ufficio paghe e amministrazione del personale, affidando a fornitori esterni il compito di eseguire tali attività"*. Il datore di lavoro evidenziava come tale scelta fosse stata dettata dalla necessità di garantire la continuità del servizio e di conseguire una riduzione dei costi tale da permettere all'impresa di far fronte ai problemi contingenti e strutturali derivanti dai ridotti volumi di presenza sul mercato. La ricorrente fondava la propria domanda di illegittimità del licenziamento sull'insussistenza del fatto posto a base del licenziamento e sul mancato assolvimento dell'onere di *repêchage* indicando, con riferimento a quest'ultimo profilo, puntuali e concrete possibilità di ricollocamento presso l'impresa. La società resistente produceva documenti tesi a dimostrare l'effettività della soppressione dell'ufficio paghe e la conseguente esternalizzazione del servizio; con riferimento all'obbligo di ricollocamento, questa deduceva che solo un dipendente era stato assunto dopo il licenziamento della ricorrente, peraltro in mansioni diverse e che, comunque, non erano disponibili posizioni di livello equivalente presso le quali collocare la lavoratrice in alternativa al licenziamento.

Nel risolvere la controversia, la Corte evidenziava come l'effettiva dismissione del servizio di gestione ed amministrazione presso cui lavorava la ricorrente e la conseguente esternalizzazione risultassero documentalmente provate. Al contrario, la società non aveva dimostrato in maniera convincente l'impossibilità di ricollocazione *aliunde*, essendosi limitata a dichiarare l'insussistenza di posizioni equivalenti presso le quali collocare la lavoratrice. Sotto questo profilo, il Tribunale evidenzia come il datore di lavoro abbia non solo l'onere di provare che al momento del licenziamento non esistevano posizioni di lavoro analoghe a quella soppressa, ma anche quello di dimostrare di aver prospettato al lavoratore la possibilità di essere adibito a mansioni inferiori senza, tuttavia, averne ottenuto il consenso. A ciò si aggiungeva un'ulteriore considerazione, relativa alle posizioni lavorative indicate dalla ricorrente come possibili alternative al licenziamento e contestate dalla società resistente in quanto connesse a mansioni superiori o totalmente estranee a quelle svolte dalla lavoratrice. Il giudice precisava come per "mansioni equivalenti" si debba far riferimento, pur in presenza di competenze professionali diverse, al medesimo inquadramento contrattuale. La società, nel limitarsi a far riferimento alle *job descriptions* relative ai posti indicati dalla lavoratrice, aveva evidenziato trattarsi di posti di lavoro relativi a competenze superiori e diverse, senza tuttavia fornire elementi probatori circa il livello di inquadramento contrattuale. Alla luce di questi elementi emergeva la violazione dell'obbligo di *repêchage* da sanzionarsi, secondo la Corte, con l'applicazione della sanzione meramente indennitaria. *"Ciò perché la nuova formulazione dell'art. 18 Stat. lav. prevede detta reintegrazione solo nei casi in cui si accerti la "manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo" (comma 7), mentre nelle altre ipotesi in cui si accerti che non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo, il giudice deve applicare la disciplina di cui al comma 5 (e cioè, la c.d. "tutela indennitaria forte"). Ebbene, nel caso in esame, il fatto posto a fondamento del licenziamento (la soppressione e l'esternalizzazione dell'ufficio paghe) è come detto sussistente, mentre è ritenuto violato l'obbligo di repêchage, che non è propriamente il fatto posto a base del licenziamento, costituendone invece una conseguenza, nel senso che il datore di lavoro, una volta venuta meno*

la posizione lavorativa, è tenuto, prima di recedere dal contratto, a verificare se vi sia possibilità di ricollocazione del dipendente all'interno dell'azienda". Alle medesime conclusioni è giunto il Tribunale di Varese che, con ordinanza 4 settembre 2013, dichiarava l'illegittimità del licenziamento intimato al lavoratore ricorrente per cessazione dell'appalto di portierato presso cui era adibito. In particolare il dipendente, nell'impugnare il licenziamento, non aveva contestato né il fatto posto a base del licenziamento né il nesso causale tra questo e l'atto di recesso, essendosi limitato a constatare la violazione dell'obbligo di *repêchage*, mediante indicazione di una serie di servizi di portierato gestiti dalla società presso i quali avrebbe potuto essere utilmente ricollocato. Le generiche allegazioni e i documenti presentati dalla ricorrente non si dimostravano sufficienti, secondo la Corte, a provare l'effettiva impossibilità di ricollocazione *aliunde*. Al fine di individuare la sanzione applicabile, il giudice ha proceduto a verificare se il mancato assolvimento dell'onere in questione appartenga o meno al "fatto" la cui manifesta insussistenza comporta l'applicazione della tutela rientegratoria: *"Ritiene lo scrivente Giudice che l'ipotesi di cui si discute esuli propriamente dal concetto di "fatto posto a fondamento del licenziamento" e debba essere ricollegata alle "altre ipotesi" in cui il Giudice, pur accertando profili di illegittimità del licenziamento dichiara comunque il rapporto di lavoro risolto e si limita a condannare il datore di lavoro a risarcire il danno"*. La tesi dell'estraneità dell'obbligo di *repêchage* rispetto alla nozione di giustificato motivo oggettivo, è stata sostenuta anche con ordinanza 20 novembre 2012 dal Tribunale di Milano, a fronte di un caso analogo in cui, mentre il fatto posto a fondamento del licenziamento (la cessazione dell'appalto a cui era adibito il ricorrente) oltre a non essere stato contestato in maniera specifica dal ricorrente, risultava provato dalla successiva messa in liquidazione della società, l'atto di recesso risultava carente sotto il profilo della prova dell'inutilizzabilità *aliunde*. Secondo la Corte, la mancata prova dell'impossibilità di reimpiegare il dipendente in altri appalti determina l'insussistenza del giustificato motivo oggettivo, "a fronte della mancata prova di un requisito che esula propriamente dal *"fatto posto a fondamento del licenziamento"* costituendone invero una *"conseguenza"*, nel senso che il datore di lavoro - una volta venuta meno la posizione lavorativa - è

tenuto prima di recedere dal contratto a verificare (secondo il principio di correttezza e buona fede nell'esecuzione del rapporto negoziale) se vi sia la possibilità di ricollocazione del dipendente all'interno dell'azienda". Di conseguenza, il mancato *repêchage*, non appartenendo al "fatto", determina la sola applicazione della tutela indennitaria³²⁷. La pacificità di questo orientamento appare, tuttavia, messo in discussione laddove si pongano in relazione le tre ordinanze finora esaminate con l'ordinanza Trib. Bologna 19 novembre 2012. L'oggetto della controversia era rappresentato da un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, intimato a seguito della cessazione dell'attività produttiva con riferimento alla sola linea di arredamento più economica e conseguente chiusura dei relativi punti vendita. La società aveva offerto alla lavoratrice la possibilità di reimpiego presso uno dei negozi relativi ad una altra linea di arredamento, a condizione dell'uniformazione del suo orario di lavoro a quello degli altri dipendenti impiegati in tale punto vendita, consistente nel passaggio dal regime di *part time* a quello *full time* ed impiego tutti i sabati e le domeniche. Nel caso di specie, il giudice ha ritenuto violato l'art. 5, c. 1, d.lgs n. 61/2000, secondo il quale il rifiuto di un lavoratore a trasformare il proprio rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto di lavoro parziale, o viceversa, non costituisce giustificato motivo di licenziamento. Dalla violazione di questa norma, la Corte ha ricavato sia il motivo illecito, sia il carattere esclusivamente ritorsivo del licenziamento, con conseguente dichiarazione di nullità dell'atto di recesso ed applicazione della tutela reintegratoria ai sensi dell'art. 18, c. 1 St. lav. Al di là dei profili di criticità rinvenibili nella pronuncia in esame, primo fra tutti la circostanza per cui la proposta di trasformazione del rapporto di lavoro da tempo parziale a tempo pieno non rappresentava la causa diretta del licenziamento, essendo quest'ultima ravvisabile nella chiusura del punto vendita presso cui la lavoratrice era adibita, appare utile evidenziare come questa pronuncia si ponga su

³²⁷ Cfr. M. FERRARESI, *Bilancio delle prime applicazioni in giurisprudenza*, cit., p. 346 secondo il quale la soluzione a cui è pervenuta la Corte nella pronuncia in esame, pur essendo condivisibile, non appare correttamente motivata. Infatti, l'estraneità del *repêchage* rispetto al g.m.o. non si ricaverebbe tanto dal considerare tale onere come una conseguenza della soppressione del posto (posto che, in tal caso, il g.m.o. potrebbe addirittura essere ritenuto esistente, con conseguente legittimità del recesso), quanto dall'art. 7, l. n. 604/1966 che "releggerebbe l'eventuale adibizione ad altre mansioni tra le soluzioni alternative al recesso, all'esito della procedura conciliativa, pertanto rimessa alla negoziazione tra le parti".

posizioni diametralmente opposte rispetto all'orientamento, sopra richiamato, secondo cui il *repêchage* esulerebbe dal "fatto" e comporterebbe l'applicazione della mera tutela indennitaria. L'ordinanza Trib. Bologna 19 novembre 2012, nel applicare la più severa sanzione della reintegrazione forte, scavalcando tutte le opzioni sanzionatorie intermedie, risulta confermare i "rischi di distorsioni interpretative" delle disposizioni che definiscono i presupposti del licenziamento per motivi economici, tanto da consentire al giudice di "attribuire ai presupposti per l'esercizio del potere di licenziamento economico - a partire dall'obbligo di reimpiego - una fisionomia più rigida, in una direzione, quindi, che delegittima *in toto* le finalità della riforma"³²⁸. A questa situazione di incertezza interpretativa, fa eco l'ordinanza Trib. Reggio Calabria 3 giugno 2013, già esaminata sotto il profilo della nozione di "manifesta insussistenza del fatto". Con riferimento all'obbligo di *repêchage*, il giudice ha ritenuto che lo stesso, in presenza di una nozione di "fatto materiale" non distinguibile dalla valutazione e connotazione giuridica del fatto stesso, configuri un attributo normativo sostanziale nella definizione di giustificato motivo oggettivo. Di conseguenza, secondo la Corte, la soppressione del posto di lavoro, pur sussistente, non risulta sufficiente ad integrare il giustificato motivo oggettivo, essendo necessario che ad essa si affianchi la prova dell'impossibilità di reimpiegare il lavoratore *aliunde*. Dalla pronuncia in esame emerge, in conclusione, la tesi della riconducibilità dell'obbligo di *repêchage* al fatto, giuridicamente inteso, posto a fondamento del licenziamento.

Con riferimento ai criteri di scelta tra più lavoratori impiegati nella posizione lavorativa da sopprimere, viene in rilievo l'ordinanza Trib. Modena 26 giugno 2013, avente ad oggetto un licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo, consistente nella negativa congiuntura di mercato e nel calo delle commesse. Il lavoratore, nell'impugnare il licenziamento, eccepiva, tra i vari motivi di ricorso, anche la violazione dei criteri di scelta di cui all'art. 5, l. n. 223/1991. Tale eccezione, alla luce della mancata prova, da parte del datore di lavoro, dei criteri di scelta applicati, risultava fondata. In particolare, il principio

³²⁸ S. BRUN, *Le prime applicazioni del "nuovo" art. 18 St. lav. al licenziamento economico*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 1, p. 166.

di correttezza (art. 1175 c.c.) nella scelta tra più lavoratori occupati in posizioni fungibili, deve essere rispettato mediante l'applicazione di criteri oggettivi rinvenibili, nonostante la differenza di regime, nella disciplina dettata dall'art. 5, l. 223/1991 per i licenziamenti collettivi. La mancata prova del rispetto dei criteri dei carichi di famiglia e di anzianità determina, di conseguenza, l'illegittimità del licenziamento, con applicazione della tutela indennitaria. I criteri di scelta non appartengono, di conseguenza, al "fatto" posto a fondamento del licenziamento.

6.6.3 Potere o facoltà di applicare la sanzione reintegratoria

Con riferimento alla previsione secondo cui il giudice, una volta accertata la manifesta insussistenza del fatto, "può" applicare la tutela reintegratoria, si rintraccia in giurisprudenza un orientamento riconducibile al filone dottrinale che, seppur attraverso percorsi argomentativi differenti, perviene ad "un'interpretazione ortopedica"³²⁹ dell'art. 18, c. 7 St. lav., al fine rendere obbligatoria l'applicazione della tutela più severa ed evitare, in tal modo, una dichiarazione di illegittimità della disposizione per contrasto con l'art. 3 Cost. Innanzitutto, viene in rilievo l'ordinanza Trib. Milano 20 novembre 2012, nella parte in cui afferma che *"con l'introduzione del nuovo art. 18 St. lav., il giudice dispone la reintegrazione nei casi in cui accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento"*, lasciando intendere l'assenza di discrezionalità nella scelta della sanzione. Tale ricostruzione è sostenuta, in maniera più articolata, con pronuncia Trib. Foggia 11 settembre 2013, nella quale viene proposta una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 18, c. 7 St. lav. Il dettato costituzionale, nel porre il lavoro a fondamento della Repubblica e dell'effettiva partecipazione dei cittadini alla vita sociale, esclude qualsiasi discrezionalità del giudice nell'individuare un rimedio alternativo alla reintegrazione del lavoratore, *"soluzione ideale a cui tende la Carta Costituzionale"*. Merita, tuttavia, sottolineare la diversa opzione interpretativa contenuta nella pronuncia Trib. Reggio Calabria 3 giugno 2013. Secondo il giudice *a quo*, il potere accordato al giudice di scegliere la tutela da applicare,

³²⁹ F. MARINELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo un anno dopo la riforma Fornero*, reperibile in www.bollettinoadapt.it, 10 luglio 2013.

deve essere orientato alla luce dei principi dettati dall'ordinamento. In particolare, applicando al recesso illegittimo la regola generale sancita dall'art. 2058 c.c., secondo cui il risarcimento per inadempimento contrattuale deve avvenire, ove possibile e non eccessivamente oneroso per il debitore, in forma specifica, se ne ricava l'obbligo per il giudice di valutare, nella scelta tra tutela reintegratoria ed indennitaria, una serie di parametri. Nel caso di specie, la Corte ha rinvenuto le condizioni per applicare la tutela reintegratoria nella qualità del datore di lavoro (impresa in forma societaria con decine di dipendenti e cantieri in tutta Italia), nell'assenza di prove relative all'esistenza di un'effettiva crisi strutturale, nel mancato adempimento dell'obbligo di *repêchage*, nonostante il lavoratore si fosse mostrato disponibile allo svolgimento di mansioni inferiori, sintomo dell'evidente difficoltà per lo stesso di trovare un'altra occupazione. Risulta evidente come questa ricostruzione, anziché elidere in radice i profili di discrezionalità del giudice nella scelta della sanzione da applicare, sia mossa dal differente scopo di individuare i parametri attraverso cui tale potere deve essere esercitato, in tal modo accogliendo la ricostruzione dottrinale secondo cui il potere del giudice deve essere esercitato mediante un giudizio equitativo³³⁰.

³³⁰ A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, cit. e PISANI, *Il repêchage nel licenziamento per motivi oggettivi: la «creazione» si espande all'incertezza*, cit.

Conclusioni e una proposta de iure condendo

Alla luce dell'analisi del nuovo art. 18, c. 7 St. lav. fin qui condotta, è emerso un quadro normativo tutt'altro che confortante, caratterizzato da un elevato grado di incertezza interpretativa e da un inusitato ampliamento del potere discrezionale del giudice in ordine alla tutela da applicare in presenza di un licenziamento ingiustificato per "manifesta insussistenza del fatto" posto a fondamento del licenziamento. Nello sforzo di fornire una sistemazione razionale della nuova disciplina in materia di licenziamento per motivi economici, appare utile ripercorrere gli aspetti di maggiore criticità, rispetto ai quali sono stati sollevati da più parti dubbi di costituzionalità. Il primo profilo a venire in rilievo, è rappresentato dall'asimmetria esistente tra la l. n. 92/2012 che, nel disciplinare il regime sanzionatorio del licenziamento, impiega la formula di "insussistenza del fatto", e l'art. 3, l. n. 604/1966 che, nell'individuare i confini del giustificato motivo oggettivo, si riferisce a concetti elastici quali le ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa. Appare evidente l'incomunicabilità tra una disposizione che definisce la fattispecie sostanziale di g.m.o. mediante concetti elastici i quali, lungi dal contemplare elementi fattuali ed empirici, rinviano ad un insieme di esigenze, valutazioni e obiettivi da leggere alla luce dei valori promananti dalla Costituzione, e una norma che ridisegna il sistema sanzionatorio predisposto per la violazione di quella medesima fattispecie sostanziale, utilizzando la diversa terminologia del "fatto", nella sua dimensione empirica. Il secondo aspetto di criticità è rappresentato dalla difficile individuazione del criterio discrezionale tra le ipotesi di manifesta insussistenza del fatto e le altre ipotesi in cui risultino carenti gli estremi del g.m.o. In assenza di precise indicazioni normative, il giudice sarà tenuto a "sezionare l'accertamento in compartimenti stagni, contro il senso e la logica delle formule elastiche appositamente adoperate"³³¹ dall'art. 3, l. n. 604/1966. L'irragionevolezza della disciplina sembrerebbe emergere, quindi, dalla difficoltà di individuare un fondamento razionale che consenta di spiegare la diversità di disciplina tra le due fattispecie di "manifesta insussistenza del fatto"

³³¹ C. PONTARIO, *Il licenziamenti per motivi economici*, in *La legge n. 92 del 2012 (Riforma Fornero): un'analisi ragionata*, cit., p. 151.

ed “altri ipotesi”. A tal proposito, parte della dottrina evidenzia l’inadeguatezza di tutti gli sforzi interpretativi che, nel qualificare il fatto in senso materiale o giuridico, hanno cercato di individuare un criterio di differenziazione tra le due categorie. Secondo la tesi del fatto in senso materiale, la tutela reintegratoria dovrebbe trovare applicazione solo in cui il fatto materiale posto a base del licenziamento sia manifestamente insussistente (es. chiusura di un ramo aziendale, in realtà mai verificatasi); risulta, tuttavia, difficilmente comprensibile da un punto di vista razionale il motivo per cui, nel caso in cui quel medesimo fatto fosse esistente ma non causalmente connesso alla posizione del lavoratore in concreto licenziato, dovrebbe seguire la mera tutela indennitaria. Anche accedendo alla teoria secondo cui nel fatto rientrerebbe la ragione economica addotta ed il nesso causale, è possibile domandarsi quale sia il fondamento razionale che consente di distinguere queste ipotesi, a cui consegue la tutela reintegratoria, da altre, quali la mancata prova della possibilità di ricollocare *aliunde* il lavoratore, rispetto alle quali troverebbe applicazione la tutela risarcitoria. E ancora, seguendo la teoria secondo cui il fatto, in senso giuridico, coinciderebbe con tutti i requisiti elaborati dalla giurisprudenza al fine di definire il g.m.o., non risulterebbe perspicua la ragione per cui, in caso di violazione dell’obbligo di *repêchage*, dovrebbe applicarsi la tutela ripristinatoria mentre, nell’ipotesi di licenziamento intimato per un mero fine di incremento dei profitti, dovrebbe seguire la sola tutela indennitaria. Per tentare un’opera di razionalizzazione del nuovo sistema introdotto con l. n. 92/2012, appare necessario guardare all’immutato contesto costituzionale e comunitario di riferimento: da una parte gli artt. 4, 35, 41 Cost. che impongono la ricerca di un punto di equilibrio tra la libertà di iniziativa economica e le esigenze di protezione dei lavoratori, dall’altra le disposizioni comunitarie che sanciscono il principio di necessaria giustificazione del licenziamento e la previsione di strumenti di tutela adeguati (art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, art. 24 della Carta sociale europea, la Convenzione OIL n. 158/82). Appare innegabile che il legislatore, nell’esercizio della discrezionalità a lui riconosciuta dalla Costituzione, abbia modificato gli equilibri tra interesse alla stabilità ed insindacabilità delle scelte economiche del datore di lavoro, privilegiando

quest'ultimo profilo. Tuttavia, l'obiettivo di politica del diritto perseguito dal legislatore e rappresentato da una maggiore insindacabilità della sfera di valutazioni del datore di lavoro inerenti l'organizzazione e l'efficienza dell'impresa, non può essere considerato criterio di interpretazione sistematico dell'intera Riforma dal momento che il principio di insindacabilità - così come il principio di stabilità - non sono stabiliti in maniera univoca nella nostra Carta Costituzionale, la quale demanda al legislatore il compito di individuarne il corretto bilanciamento³³². Se il principio di insindacabilità non può essere eretto a perno interpretativo dell'intera disciplina, presentandosi come il risultato del bilanciamento tra opposti interessi operato dal legislatore e non potendo, quindi, assurgere a criterio unificante l'intera Riforma, è necessario volgersi altrove. Analizzando la fattispecie del licenziamento discriminatorio, tutelata mediante il regime reintegratorio forte, e le altre ipotesi in cui la legge dispone la tutela ripristinatoria del rapporto di lavoro, è possibile individuare un elemento unificante e razionalizzante nella tutela della personalità del lavoratore³³³. La tutela dei diritti della personalità, infatti, oltre a trovare un espresso strumento di realizzazione nella disciplina contro i licenziamenti discriminatori, rappresenta il criterio interpretativo alla luce del quale trovare un fondamento razionale alla distinzione tra “insussistenza del fatto” ed “altre ipotesi” in cui non sia integrato il giustificato motivo soggettivo o oggettivo. Quanto al licenziamento disciplinare, la previsione della tutela reintegratoria per le ipotesi in cui il fatto contestato sia inesistente, può spiegarsi in ragione dell'offesa alla personalità del lavoratore che, licenziato a seguito di un illecito disciplinare mai realizzatosi, ha visto compromessa la propria onorabilità. Allo stesso modo, qualora il licenziamento per ragioni economiche sia intimato sulla base di un fatto “manifestamente insussistente”, la previsione della sanzione reintegratoria può essere spiegata come strumento di tutela predisposto a favore del lavoratore che, licenziato in assenza di alcuna ragione economica giustificativa, risulta leso nelle proprie condizioni “personali e sociali”³³⁴. Il criterio unificante, alla luce del quale

³³² S. NICCOLAI, *Per una lettura costituzionalmente orientata della Riforma Fornero ed un diritto del lavoro nuovo*, in *Il licenziamenti per motivi economici*, in *La legge n. 92 del 2012 (Riforma Fornero): un'analisi ragionata*, cit., p. 26.

³³³ *Ibidem*.

³³⁴ S. NICCOLAI, op. cit., p. 27.

leggere l'intera disciplina, può essere allora individuato nella protezione dei diritti della personalità³³⁵. L'interpretazione costituzionalmente orientata, alla luce della tutela dei diritti della personalità, presenta un duplice pregio: da una parte prende atto della scelta legislativa di “togliere alla stabilità il ruolo di interesse maggiormente protetto dall'ordinamento nel lavoro e depotenziarne il sindacato che la proteggeva”, dall'altra fornisce una prospettiva razionale dalla quale interpretare il nuovo art. 18 St. lav. e, per quanto interessa in questa sede, individuare il criterio discrezionale tra “manifesta insussistenza del fatto” ed “altre ipotesi” nella “tutela dell'eguaglianza, della pari dignità e della personalità”, intesa come “divieto di trattamento incongruo, di sproporzionato e irragionevole”³³⁶. A partire dalla passaggio, realizzatosi in sede legislativa, dalla “garanzia della stabilità del lavoro alla garanzia della dignità del lavoro”³³⁷, è possibile fornire un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 18, c. 7 St. lav., ripercorrendo i diversi profili di criticità emersi nel corso della trattazione. Con riferimento alla natura del “fatto”, la cui manifesta insussistenza costituisce presupposto per l'applicazione della tutela reintegratoria, sia la teoria del fatto materiale che quella del fatto giuridico prestano il fianco ad alcune critiche. La prima tesi, secondo la quale il fatto insussistente sarebbe il fatto puramente materiale, come la soppressione di un reparto che non viene soppresso, si scontra con la difficoltà per il giudice, una volta ricostruita l'intero quadro probatorio, di isolare il solo fatto materiale³³⁸, posto che questo è spesso connesso a dati finanziari e valutazioni per loro natura difficilmente interpretabili in maniera univoca. A ciò si aggiunge l'argomento dirimente secondo cui il fatto materiale, per entrare nella dimensione giuridica e per assumere in essa una qualche rilevanza, deve essere filtrato mediante gli strumenti della valutazione giuridica³³⁹. Quanto alla teoria del fatto in senso giuridico, nel far coincidere il “fatto” con la nozione di g.m.o. elaborato dalla giurisprudenza, si spinge fino a “cancellare la novità normativa, lasciando tutto com'era prima, come testimoniato dal fatto che essa non riesce a dare un effettivo contenuto alle “altre ipotesi”,

³³⁵ S. NICCOLAI, *Per una lettura costituzionalmente orientata della Riforma Fornero ed un diritto del lavoro nuovo*, cit., p. 27.

³³⁶ Cit. S. NICCOLAI, *Per una lettura costituzionalmente orientata della Riforma Fornero ed un diritto del lavoro nuovo*, p. 28.

³³⁷ *Ivi.* P. 32.

diverse da quelle espressamente individuate, e alle quali il legislatore vuole di applichi la tutela solo indennitaria”³⁴⁰. Nel tentativo di individuare una “mediazione tra un’interpretazione innovativa ma sensibilmente restrittiva della tutela reale e un’interpretazione che finirebbe per svuotare il significato della nuova normativa”³⁴¹, è possibile individuare nel “fatto” l’inestricabile relazione tra fatti materiali e “ragioni inerenti all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa”, da leggersi alla luce del principio di tutela della personalità del lavoratore. Di conseguenza, nel “fatto” potranno rientrare le ipotesi di carenza della ragione organizzativa, valutate sia in senso materiale (mancata diminuzione della commesse) sia in senso giuridico (crisi o esigenza riorganizzativa inesistente o di scarsissima consistenza alla luce della realizzazione di utili, dell’utilizzo intensivo del lavoro straordinario, dell’assunzione di nuovi lavoratori). Sempre nel concetto di “fatto”, risulta opportuno ricomprendere il nesso eziologico tra la ragione organizzativa ed il lavoratore in concreto licenziato, in considerazione del carattere irragionevole di un licenziamento privo di nesso causale con il motivo economico sottostante. Nelle “altre ipotesi” di licenziamento saranno, invece, da ricomprendere i casi in cui, per essendo provata la ragione economica e la sussistenza del nesso causale, il g.m.o. non risulti integrato a causa del mancato rispetto dei criteri di scelta tra più lavoratori in posizioni fungibili, il mancato assolvimento dell’obbligo di *repêchage* oppure, stando agli orientamenti giurisprudenziali in materia, qualora il licenziamento sia stato intimato per un mero incremento dei profitti o una riduzione dei costi. Questa ricostruzione, nel tentativo di fornire una lettura razionalizzante della nuova disciplina, individua il discrimine tra la “manifesta insussistenza del fatto” e le “altre ipotesi” alla luce della tutela dei diritti della personalità del lavoratore. I licenziamenti intimati non solo per motivi pretestuosi (insussistenza del fatto materiale addotto), ma anche sulla base di una ragione economica priva dei requisiti di “serietà”, “attualità” e “stabilità” o del nesso causale, si presentano come lesivi dei diritti della personalità del lavoratore, il quali vedrebbe venir meno il proprio “sostrato esistenziale” in ragione di una

³⁴⁰ C. CESTER, *La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa*, p. 32.

³⁴¹ *Ivi*, p. 33.

scelta incongrua ed irragionevole, in aperto contrasto con i limiti alla libertà di iniziativa economica sanciti dall'art. 41, c. 2 Cost. Al contrario, accertata in giudizio l'esistenza ragione economica addotta ed il nesso eziologico, l'applicazione della tutela indennitaria in caso di mancata prova dell'obbligo di *repêchage* può essere spiegato laddove si consideri come in tal caso risulti coinvolta non già la personalità del lavoratore, quanti i diritti economici dello stesso, rispetto ai quali la Costituzione demanda al legislatore ordinario il bilanciamento con la libertà di impresa (artt. 4, 38, 41 Cost.). Nell'attuale quadro normativo, il sindacato giudiziario continuerà a svolgersi lungo le due prospettive del controllo di ragionevolezza sociale e quello di proporzionalità in senso proprio. Tuttavia, mentre l'esito negativo del controllo di ragionevolezza sociale, concernendo la "manifesta inussistenza del fatto", determinerà l'applicazione del tutela reintegratoria, il mancato superamento del controllo di proporzionalità in senso proprio si sostanzierà in una sanzione indennitaria³⁴².

Infine, in un'ottica valutativa e di *iure condendo*, è possibile chiedersi in che misura un intervento finalizzato ad una maggiore flessibilità in uscita sia realmente idoneo a realizzare l'obiettivo di "un mercato del lavoro inclusivo e dinamico, in grado di contribuire alla creazione di occupazione, in quantità e qualità, alla crescita sociale ed economica e alla riduzione permanente del tasso di disoccupazione". A questo proposito, è necessario innanzitutto evidenziare come il valore della stabilità del posto di lavoro assuma "un effetto esocontrattuale di garanzia del sistema complessivo"³⁴³ almeno sotto tre aspetti. Innanzitutto, risulta evidente come, in un sistema di libera recedibilità "anche le più pregnanti discipline di garanzia dei diritti della persona del lavoratore sono destinate a liquefarsi". Inoltre, il riconoscimento della stabilità del rapporto di lavoro ha consentito nel nostro ordinamento un rafforzamento delle tecniche di autotutela dia collettiva che individuale. Infine, la necessaria giustificazione del licenziamento rappresenta "l'unico antidoto contro il fallimento delle tecniche

³⁴² S. BRUN, *Il controllo di proporzionalità sul licenziamento per ragioni tecnico-organizzative alla luce dell'imminente riforma del mercato del lavoro*, in *Il diritto del lavoro al tempo della crisi*, cit., p. 496.

³⁴³ O. MAZZOTTA, *La reintegrazione nel posto di lavoro: ideologie e tecniche della stabilità*, in *Lav. e dir.*, 2007, pp. 545-546.

discriminatorie”³⁴⁴. Alla luce di queste considerazioni, appare doveroso chiedersi se non esistano altre strade percorribili al fine di garantire una maggiore flessibilità alle esigenze dell’impresa. Una risposta può essere rinvenuta guardando, in una prospettiva di diritto comparato, alla soluzione adottata dall’ordinamento tedesco nel quale, al fine di contemperare le esigenze di stabilità del posto di lavoro e di flessibilità proprie di una gestione imprenditoriale dinamica, si fa ricorso ad una forma di flessibilità funzionale e temporale. L’ordinamento tedesco, al modello caratterizzato da un abbassamento delle tutele dei lavoratori in vista di una più economica e flessibile gestione della forza lavoro, ha opposto la scelta di introdurre forme di flessibilità tali da stimolare l’efficienza e la produttività del lavoro. Vengono in rilievo sia il lavoro a tempo ridotto, assimilabile ai nostri contratti di solidarietà, sia nuovi strumenti di flessibilità funzionale e temporale elaborati dalla contrattazione aziendali, quali “l’orario scorrevole”, “l’orario di lavoro di gruppo”, il “conto corrente ore”. In particolare, quest’ultimo istituto, che consente all’impresa, a retribuzione mensile invariata, di utilizzare il lavoratore in modi variabili, secondo il fluttuare delle esigenze produttive, ha trovato largo impiego nelle imprese tedesche a fronte della crisi del 2008 le quali, piuttosto che procedere a licenziamenti, e alla corresponsione delle relative indennità, hanno preferito conservare la forza-lavoro in attesa della ripresa economica³⁴⁵. Nel nostro ordinamento, le parti sociali dispongono già degli strumenti per realizzare analoghi strumenti di flessibilità interna al rapporto di lavoro. Viene in tal senso in rilievo la l. n. 223/1991 in materia di licenziamenti collettivi che, nella procedura di consultazione sindacale, prevede la possibilità, mediante accordo collettivo, di incidere sia sull’orario di lavoro (contratti di solidarietà, trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo indeterminato, contratti di lavoro ad orari flessibili quali il *job sharing*) sia sulla mansioni, essendo consentito un accordo che, in deroga all’art. 2103 c.c., consenta l’adibizione dei lavoratori a mansioni inferiori. Quanto alle situazioni di fisiologica fluttuazione delle esigenze dell’impresa, strumenti utili per la realizzazione di una flessibilità temporale sono da individuarsi nella

³⁴⁴ O. MAZZOTTA, *La reintegrazione nel posto di lavoro: ideologie e tecniche della stabilità*, p. 546.

³⁴⁵ M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, in *Il diritto del lavoro al tempo della crisi*, cit., pp. 225 ss.

legislazione in materia di orario di lavoro (ad esempio, la delega al contratto collettivo quanto alla definizione di un orario multi periodale, art. 3, c. 2 d.lgs. n. 66/2003). Quanto alla flessibilità funzionale, viene in rilievo il più recente orientamento giurisprudenziale che, per esigenze di maggiore flessibilità, ammette la previsione, nella contrattazione collettiva, di clausole che prevedano la fungibilità tra mansioni appartenenti alla stessa qualifica contrattuale, anche se di diverso livello. E' evidente come il contesto collaborativo caratterizzante i rapporti tra capitale e lavoro in Germania sia molto distante dal modello conflittuale caratterizzante le relazioni tra le parti sociali nel nostro Paese. Resta, tuttavia, auspicabile una maggiore "fiducia tra gli attori e un modello di relazioni sindacali certo e meno conflittuale" al fine di realizzare una maggiore flessibilità nel rapporto di lavoro e di realizzare, al contempo, quella "stabilizzazione e fidelizzazione del personale" in grado di "esaltare l'equilibrio organizzativo delle imprese e, di conseguenza, il loro successo competitivo nei mercati internazionali"³⁴⁶.

³⁴⁶ M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, in *Il diritto del lavoro al tempo della crisi*, cit., pp. 225 ss.

Bibliografia

ALBI P., *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in O. MAZZOTTA (a cura di), *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro*, Giappichelli Editore, Torino, 2008.

ALBI P., *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo dopo la riforma Monti-Fornero*, in Cinelli M., Ferraro G., Mazzotta O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro: dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino, 2013.

ALESSI C., *Professionalità e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004.

AMATO F., *Licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, obbligo di repêchage e tutela della professionalità del lavoratore*, in *I licenziamenti per motivi economico-produttivi e la responsabilità di impresa*, Ediesse, 2007.

BALLESTRERO M.V., *I licenziamenti*, Franco Angeli Editore, Milano, 1975.

BALLESTRERO M.V., *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *LD*, 2013, 4.

BARASSI L., *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, II ed., Milano, 1917, vol. II, pp. 836-837.

BARBIERI M., DALFINO D., *Il licenziamento individuale*, Ricucci ed., 2013.

BIASI M., *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 6.

BIASI M., *The effects of the World Crisis on Employment Law and Industrial Relations: report on Italy*, in *CLL&PJ*, 2013.

BLANCHARD O., TIROLE J., «*Protection de l'emploi et procédures de licenciement*», in *La Documentation française*, 2003.

BOBBIO N., *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, 1996.

BODEI R., *Riflessioni sul tempo e gli intrecci temporali nella narrazione storica*, in M. SALVATI (a cura di), *Scienza, narrazione e tempo*, Franco Angeli Editore, Milano, 1985.

BRUN S., *Il controllo di proporzionalità sul licenziamento per ragioni tecnico-organizzative alla luce dell'imminente riforma del mercato del lavoro*, in *Il diritto del lavoro al tempo della crisi*, Atti del XVII Congresso nazionale di diritto del lavoro, Pisa, 7-9- giugno 2012, Giuffrè, Milano, 2013.

BRUN S., *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, Cedam, 2012.

BRUN S., *L'obbligo di repêchage tra elaborazione giurisprudenziale e recenti riforme*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013.

BRUN S., *Le prime applicazioni del "nuovo" art. 18 St. lav. al licenziamento economico*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 1.

CALCATERRA L., *La giustificazione causale del licenziamento per motivi oggettivi nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2005.

CALCATERRA L., *La giustificazione causale del licenziamento per motivi oggettivi, in I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, R. DE LUCA

TAMAJO e F. BIANCHI D'URSO (a cura di), Giuffrè, Milano, 2006.

CAMMARATA, *Il significato e la funzione del "fatto" nell'esperienza giuridica*, in *Annali R. Un. di Macerata*, 1929.

CARABELLI U., *I licenziamenti per riduzione del personale in Italia*, in AA. VV., *I licenziamenti per riduzione del personale in Europa*, Cacucci, Bari, 2001.

CARINCI F., *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 3.

CARINCI M.T., *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, vol. XXXVI, Cedam, Padova, 2005

CARINCI M.T., *Il licenziamento discriminatorio o "per motivo determinante" alla luce dei principi civilistici: la causa del licenziamento quale atto unilaterale tra vivi e contenuto patrimoniale*, in *Riv. giur. lav.*, 2012.

CARINCI M.T., *Il licenziamento discriminatorio o per <motivo illecito determinante alla luce dei principi civilistici: la causa del licenziamento quale atto unilaterale tra vivi a contenuto patrimoniale*, in *Riv. giur. lav.*, 2012.

CARINCI M.T., *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, in *Il diritto del lavoro al tempo della crisi*, *Atti del XVII Congresso nazionale di Diritto del lavoro*, Pisa, 7-9 giugno 2012, Giuffrè Editore, Milano 2013.

CELOTTO A., *Eguaglianza e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana*, reperibile in <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2557/11.pdf>.

CESSARI A., *Sindacabilità dei motivi in sede arbitrale*, in *Dir. Lav.*, 1966

CESTER C., *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2012.

CESTER C., *La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative*, in C. Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge 92 del 2012*, Padova, 2013.

CHIARLONI S., *Dal diritto alla retribuzione al diritto di lavorare*, in *RTDPC*, 1978.

COLOSIMO C., *Prime riflessioni sul sindacato giurisdizione nel nuovo sistema di tutele in caso di licenziamento illegittimo: l'opportunità di un approccio sostanzialista*, in *Dir. rel. ind.*, 2012.

CROSTA A., *Il giustificato motivo oggettivo derivante da riorganizzazione aziendale*, in *Dir. relaz. ind.*, 2005.

DE ANGELIS L., «*Licenziamento per motivi economici e controllo giudiziario*», in *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro*, Giappichelli, 2008.

DE ANGELIS L., *Spunti civilistici in tema di prestazione di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1973.

DE GIOVANNI B., *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958.

DE LUCA TAMAJO R., MAZZOTTA. O., *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, 2013.

DE ROSA M., «*Il licenziamento per "ragioni economiche": le fattispecie*», in *Licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, a cura di R. DE LUCA TAMAJO e F. BIANCHI D'URSO, Giuffrè, 2006

DE SIMONE G., *Il valore della stabilità nel diritto comunitario e il sistema nazionale di tutele differenziate*, in *LD*, 2007.

DEL PUNTA R., *I licenziamenti collettivi*, in PAPALEONI, DEL PUNTA R., MARIANI M., *La nuova cassa integrazione guadagni e la mobilità*, Cedam, Padova, 1993.

DEL PUNTA R., *La flessibilità in uscita. Licenziamenti individuali*, in AA. VV., *Treccani. Il libro dell'anno del diritto 2013*, Istituto Enciclopedia italiana, Roma, 2013.

DI BERARDINO E., *Intervento*, in *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, I licenziamenti nell'interesse dell'impresa, Atti delle giornate di studio di Firenze, 27-28 aprile 1968, Giuffrè, 1969.

DI MAJO, *Sindacato di legittimità o sindacato di merito sui licenziamenti c.d. tecnologici?*, in *Giur. di merito*, 1970.

ENGISCH K., *Introduzione al pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano, 1970.

F. SCARPELLI, *Il licenziamento individuale per motivi economici*, in M. FEZZI, F. SCARPELLI (a cura di), *Regole, politiche e metodo. L'eredità di Marco Biagi nelle relazioni di lavoro di oggi*, Giappichelli, Torino, 2013.

FALZEA A., *Efficacia giuridica*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965.

FERRARESI M., *Il licenziamento per motivi oggettivi*, in M. MAGNANI e M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, Giuffrè, 2012.

GIUGNI G., *Intervento*, in *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa, I licenziamenti nell'interesse dell'impresa, Atti delle giornate di studio di Firenze, 27-28 aprile 1968*, Giuffrè, 1969.

ICHINO P., *Economia e diritto del lavoro*, in *RIDL*, 2001.

ICHINO P., *Il contratto di lavoro*, vol. III, Giuffrè Editore, Milano, 2003.

ICHINO P., *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, Milano, 1996.

ICHINO P., *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, Relazione al Convegno del Centro Nazionale Studi di Diritto del Lavoro "Domenico Napoletano" – Pescara, 11 maggio 2012.

KELSEN H., *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, p. 382.

LISO F., *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, Milano, 1982.

LISO F., *Le norme in materia di flessibilità in uscita nel disegno di legge Fornero*, in http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up_170433988.pdf.

MARAZZA M., *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, p. 612 ss.

MARESCA A., *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, 2012, I.

MARINELLI F., *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo un anno dopo la riforma Fornero*, reperibile in www.bollettinoadapt.it, 10 luglio 2013.

MAZZOTTA O., *Diritto del lavoro*, 4^aed., Giuffrè, 2011, p. 669

MAZZOTTA O., *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 St. Lav.*, in Cinelli M., Ferraro G., Mazzotta O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro: dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino, 2013.

MAZZOTTA O., *La reintegrazione nel posto di lavoro: ideologie e tecniche di stabilità*, in LD, 2007.

MENGONI L., “*Deformazioni giurisprudenziali della disciplina collettiva dei licenziamenti nell’industria*”, in RDV.

MENGONI L., *Diritto e valori*, Il Mulino, 1985.

MENGONI L., *Spunti per una teoria della clausole generali*, in RCDP, 1986.

MEUCCI M., *La nuova disciplina dei licenziamenti*, reperibile sul sito <http://csdle.lex.unict.it>.

MINERVINI G., *Intervento*, in *I licenziamenti nell’interesse dell’impresa, I licenziamenti nell’interesse dell’impresa, Atti delle giornate di studio di Firenze, 27-28 aprile 1968*, Giuffrè, 1969.

MORTATI C., *Il lavoro nella Costituzione*, in DL, 1954, I, p. 149.

MORTATI C., “*Principi fondamentali*”, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. BRANCA, Zanichelli, 1986.

NAPOLI M., *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, 1980

NATOLI U., *Limiti costituzionali dell’autonomia privata del rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1955.

NATOLI U., *Sui limiti legali e convenzionali della facoltà di recesso ad nutum dell’imprenditore*, in Riv. giur. lav., 1954, I, p. 1060

NATOLI U., *L’art. 2118 cod. civ. e il problema della <<giusta causa>> del licenziamento*, in Riv. giur. lav., 1966.

NATOLI U., *Sicurezza, libertà, dignità del lavoratore nell’impresa*, in Dir. lav., 1956, I.

NICCOLAI S., *Per una lettura costituzionalmente orientata della riforma Fornero ed un diritto del lavoro nuovo*, in F. AMATO e R. SANLORENZO (a cura di), *La legge n. 92 del 2012 (Riforma Fornero): in* [http://www.magistraturademocratica.it/mdem/qg/doc/Commentarioriforma_Fornero_\(legge_92_2012\).pdf](http://www.magistraturademocratica.it/mdem/qg/doc/Commentarioriforma_Fornero_(legge_92_2012).pdf).

NOGLER L., *La disciplina dei licenziamenti individuali nell’epoca del bilanciamento tra i “principi” costituzionali*, in Giorn. dir. lav., 2007, p. 593 ss.

NOVELLA M., *Considerazioni sul dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice*, Giappichelli, Torino, 2008.

NOVELLA M., *Dubbi e osservazioni critiche sul principio di insindacabilità delle scelte economico-organizzative dell'imprenditore*, in *RIDL*, 2004, p. 791 ss.

OGRISEG C., *Rischio economico e modelli di protezione del lavoro*, Giuffrè Editore, Milano, 2007.

PERA G., *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano.

PERA G., *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, *Atti delle giornate di studio di Firenze*, 27-28 aprile 1968, Giuffrè, 1969.

PERSIANI M., *Diritto del lavoro e razionalità*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, p. 28 ss.

PERSIANI M., *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziamento*, in *Arg. dir. lav.*, 2013.

PERSIANI M., *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in *Nuovo Trattato di Diritto del lavoro*, diretto da L. RIVA SANSEVERINO e G. MAZZONI, Edizioni Cedam, Padova, 1971, vol. II, p. 593 ss.

PERSIANI M., « *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico* », in *ADL*, 2000.

PERULLI A., *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2005.

PERULLI A., *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, III.

PERULLI A., *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. Lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *ADL*, 2012, 4-5.

PERULLI A., *Il licenziamento per motivi economici: spunti comparati e prospettive di riforma*, in *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice*, Giappichelli, Torino, 2008.

PESSI R., *I licenziamenti per motivi economici*, in *Arg. dir. lav.*, 4-5-, 2013.

PISANI C., *Il repêchage nel licenziamento per motivi oggettivi: la "creazione" si espande al pari dell'incertezza*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2013.

PIZZORUSSO A., *Lezioni di diritto costituzionale*, Foro italiano, 1981,

PONTERIO C., *Il licenziamenti per motivi economici*, in *La legge n. 92 del 2012 (Riforma Fornero): un'analisi ragionata*.

POSO V. A., *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di repêchage nell'ambito del gruppo di impresa*, in *Giust. civ.*, 2004.

RODOTA' S., *Il tempo delle clausole generali*, in *RCDP*, 1987.

ROMAGNOLI U., *Intervento*, in *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, Atti delle giornate di studio di Firenze, 27-28 aprile 1968, Giuffrè, Milano, 1969.

SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 5^a ed., Napoli, 1957.

SANTORO PASSARELLI G., *Il licenziamento per giustificato motivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 2.

SAPONE N., *La manifesta oscurità del fatto nel licenziamento economico*, reperibile in *Persona e danno*, http://www.personaedanno.it/index.php?option=com_content&view=article&id=42417&catid=179&Itemid=431&mese=04&anno=2013.

SMURAGLIA C., *Il lavoro nella Costituzione*, in *RGL*, 2007.

SMURAGLIA C., *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, Feltrinelli, Milano, 1958.

SPEZIALE V., *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *RIDL*, 2012, I.

TOPO A., *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2012.

TOPO A., *Le regole in materia di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in F. CARINCI,

M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge n. 134/2012). Licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, in *Dir. prat. lav.*, 2012.

TOSI P., *L'improbabile equilibrio tra "rigidità" in entrata e "flessibilità" in uscita nella legge n. 92/2012 di riforma del mercato del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 4-5.

TOSI P., *L'improbabile equilibrio tra "rigidità" in entrata e "flessibilità" in uscita nella legge n. 92/2012 di riforma del mercato del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 4-5.

TRIONI G., *Contributo all'esegesi della legge 15 luglio 1966, n. 604*, in *Riv. giur. lav.*, 1967.

TULLINI P., *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 1.

VAIS M., *Iter formativo e interpretazione della legge sui licenziamenti individuali*, in *Riv. giur. lav.*, 1966.

VALLEBONA A., *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli Editore, Torino, 2012.

VALLEBONA A., *Licenziamento individuale per riduzione di personale*, in *Dir. lav.*, 1993.

VIDIRI G., *La riforma Fornero: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012.

VIEHWEG T., *Topik und Jurisprudenz*, München, 1953 (tr. It. a cura e con *Introduzione* di Crifò, Milano, 1962).

ZAGREBELSKY G., *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988.

ZAMBELLI A., *Licenziamenti individuali e collettivi*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2012.

Ringraziamenti

Desidero ringraziare il Professor Mazzotta per avermi trasmesso, a partire dalla lettura della sua opera “Diritto del lavoro”, l’interesse per questa materia e per avermi guidato nello svolgimento di questo lavoro di ricerca.

Ringrazio mia madre per avermi sostenuto in questi anni di studio con tutto l’amore di cui si può essere capaci e per esserci stata, sempre e comunque.

Ringrazio mio padre per avermi accompagnato sin dall’inizio di questo percorso universitario, senza mai farmi mancare il suo costante ed “energico” incoraggiamento.

Grazie a mia sorella Francesca, per essere sempre riuscita a farmi sorridere e a rasserenarmi anche nei momenti più difficili.

Un ringraziamento particolare va a Mattia per la sua completa dedizione, per la sua capacità di ascoltare con attenzione e profondità, per avermi dato il suo aiuto in ogni singolo momento di questa esperienza.

Desidero poi ringraziare la mia famiglia “di adozione”.

Un ringraziamento ad Angela e Pierangelo, per l’affetto di cui mi hanno circondata fin da quando ero bambina.

Grazie alla mia maestra Mariarosa, per avermi trasmesso la passione per la lettura e la conoscenza. I suoi insegnamenti di vita mi hanno accompagnato in ogni momento di questo percorso.

Un ringraziamento a Roberta e Luciano, per la forza che sono riusciti a trasmettermi e per il loro esempio di profonda umanità. Grazie anche alla loro meravigliosa famiglia.

Grazie a Maria e alla sua famiglia per l'affetto, la capacità di ascoltare e di consigliare, la disponibilità che mi hanno dimostrato in questi anni. Un ringraziamento particolare va a Sara per avermi contagiata con la sua travolgente vitalità.

Grazie a Irene, la mia amica di sempre, per aver condiviso con me, nonostante la distanza geografica, i momenti più importanti dell'esperienza universitaria.

Un ringraziamento va a Rita e Luigi, Daniela e Umberto per l'affetto e il sostegno con il quale mi hanno sostenuta durante questo percorso.